Die strafrechtliche Stellung des Arztes bei operativen Eingriffen.

Ein Beitrag zur Kritik des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Walter Brinitzer

Referendar aus Zittau.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig

Großbetrieb für Dissertationsdruck

1916.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545814_0057

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

I. Theoretischer Überblick 3

A. Die Theorie des fehlenden Tatbestands 3

B. Die Theorien der fehlenden Rechtswidrigkeit 12

1. Das ärztliche Berufsrecht 12

2. Die Einwilligung des Verletzten 17

3. Der ärztliche Zweck 36

4. Das Recht der ärztlichen Hilfe 38

5. Das öffentliche Wohl 44

II. Fälle aus der Praxis 50

Schluß 78

Literaturverzeichnis.

Abegg, Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft. 1830.

Arieff, Die ärztliche Tätigkeit und das Strafrecht. Diss. Bern 1910.

v. Bar, Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes. Im Gerichtssaal Bd. 60 S. 81 ff.

v. Bar, Medizinische Forschung und Strafrecht. Göttinger Festschrift für Regelsberger. 1901.

Behr, Ärztlich-operativer Eingriff und Strafrecht. Diss. Würzburg 1902.

Beling, Grundzüge des Strafrechts. 4. Aufl. 1912. § 47 S. 64.

Beling in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 18 S. 286/87. 1898.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1898.

Begr. = Begründung zum Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Bearbeitet von der hierzu bestellten Sachverständigenkommission. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizamts. Berlin 1909.

Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. 1. Leipzig 1885.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Bes. Teil. Bd. 1. S. 56, 2. Aufl., Leipzig 1902; Bd. 2 Abt. 1, 2. Aufl., Leipzig 1904; Abt. 2, Leipzig 1905.

Breithaupt, Volenti non fit injuria. 1891.

Büdinger, Die Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen. Leipzig u. Wien 1905.

Dohna, Graf zu, Die Rechtswidrigkeit als allgemeines Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. Halle 1905.

Dietrich, Die Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe. Diss. Fulda 1896.

Eckstein, Die Züchtigung fremder Kinder in strafrechtlicher Beziehung. In GoltdArch. Bd. 56 S. 281 ff.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 1. 1904.

Finger in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 20 S. 12.

Flügge, Der Vorentwurf zum Strafgesetzbuch und der Arzt. Im Medizinalarchiv für das Deutsche Reich. 1911.

Flügge, Das Recht des Arztes zum Gebrauch für den Arzt. Berlin u. Wien 1903.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11.—14. Aufl. 1914.

Gerland, Die Selbstverletzung und die Verletzung eines Einwilligenden. In Vergl. Darst., Allg. Teil Bd. 2.

Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. 1884—1885.

Geyer, Zur Revision der Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuchs über Körperverletzung. Im GerS. Bd. 26.

Grolmann, Grundzüge der Kriminalrechtswissenschaft. 1825.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. 1. Bonn 1881.

Heimberger, Strafrecht und Medizin. München 1899. (zit. Strafrecht.)

Heimberger, Rechtmäßiges und rechtswidriges Handeln; Berufsrechte und verwandte Fälle. In Vergl. Darst. des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgem. Teil Bd. 4.

Hellwig, Stellung des Arztes. Leipzig 1905.

Heß, Die Ehre und die Beleidigung des § 185. Hamburg 1891.

Heß, Neue Thesen. Hamburg 1900.

Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit. Bd. 1. 1903.

Hoier, Die Einwilligung des Verletzten. Diss. Zürich 1906.

Joski, Die Einwilligung des Verletzten. Diss. Erlangen 1899.

Joachim u. **Korn,** Deutsches Ärzterecht. 2 Bde. Berlin 1911.

Kahl in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 29 S. 365.

Kahle, Der Versuch der Tötung auf Verlangen. Berlin 1908.

Kaiser, Ärztliche Berufshandlungen und Strafrechtsreform. Im Korr.-Bl. für schweiz. Ärzte Nr. 24 S. 833 ff., 1911.

Kästner, Soldat und Operation im Kriege. In der Münchner Med. Wochenschrift 1916 Nr. 4.

Keßler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung. Berlin u. Leipzig 1884.

Kitzinger, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht. Im GerS. Bd. 15 S. 87 ff.

Kohler im Deutschen Literaturblatt Bd. 16 S. 224.

Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff S. 97. Berlin 1903.

Kosti, Erläuterungen des in Griechenland geltenden Strafrechts. Bd. 2 S. 472 § 139 Ziff. 5. 1898.

Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts. 1845.

Kühner, Acht Thesen nebst Motiven und Fragestellung betr. die rechtliche Verantwortung der Ärzte. 2. unveränd. Abdruck. Frankfurt a. M. 1887.

Lenz in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 27 Heft 2 S. 479 ff. Wien 1900.

Lieske, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe. In der Zeitschrift für ärztliche Fortbildung Nr. 12. Jena 1914.

v. Lilienthal, Die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht. In der Festgabe für Bekker. 1899.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 20. Aufl. Berlin 1914.

Löffler, Unrecht und Notwehr. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 21.

Löffler in Vergl. Darst. des deutschen und ausländischen Strafrechts, Bes. Teil Bd. 5 S. 205 ff.

Mauthner, Die Sprache. In Die Gesellschaft Bd. 9. Frankfurt a. M. 1906.

Medizinalarchiv für das Deutsche Reich. Zeitschrift für Rechtsprechung und Verwaltung auf dem Gebiete des Gesundheitswesens. 2. Jahrg. Berlin 1911.

Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.

MSchrKrimPsych. = Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform. Heidelberg.

Metz, Zur Frage der Einwilligung des Verletzten im Strafrecht. Rostocker Diss. 1913.

Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl. 1895.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 7. Aufl. 1912.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 9. Aufl. 1912. Teil I u. II.

Oppenheim, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden. Basel 1892.

Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. Berlin 1901.

Osenbrüggen, Kasuistik des Kriminalrechts. 1854.

Pfersdorff, Die Einwilligung des Verletzten als Strafausschließungsgrund. Straßburger Diss. 1897.

Rödenbeck, Der Zweikampf im Verhältnis zu Tötung und Körperverletzung. 1883.

Rudeck, Medizin und Recht. Berlin 1902.

Schaper, Begriff und allgemeiner Tatbestand des Verbrechens. In v. Holtzendorffs Handbuch Bd. 2. 1878.

Schmidt, R., Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe. Jena 1900. (Zit. Schmidt.)

Schnitzler, Der ärztliche Eingriff und das Strafrecht. Leipziger Diss. 1908.

Schweninger, Der Arzt. In Die Gesellschaft Bd. 7. Frankfurt a. M. 1906.

Spinner, Ärztliches Recht unter besonderer Berücksichtigung deutschen, schweizerischen, österreichischen u. französischen Rechts S. 185 ff. Berlin 1914.

Stenglein in der Deutschen Juristenzeitung (1899) S. 106 ff., 151 und in der Münchner Medizinischen Wochenschrift (1899) S. 525.

Stooß, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung. Berlin 1893.

Stooß in der Zeitschrift für Schweizer Strafrecht Nr. 7 S. 192 ff.

Stooß in der Deutschen Juristenzeitung 4. Jahrg. 1899 Nr. 9 S. 184.

Sudhoff, Ärztliches aus griechischen Papyrusurkunden. In Studien zur Geschichte der Medizin Heft 5/6. Leipzig 1909.

Wach, Defensionspflicht und Klagerecht. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 6 S. 515.

Wachenfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. München 1914.

Wächter, Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts. 1. Teil. 1825.

Weimann, Ärztlicher Eingriff bei Heeresangehörigen. In der Deutschen Strafrechtszeitung 1915, Heft 11/12.

Wein, Das Prinzip des überwiegenden Interesses und die Straflosigkeit des Heileingriffes. Diss. Erlangen 1908.

Werthauer, Wie leicht man sich strafbar machen kann. Berlin 1912.

Wiebeck, Der Versuch bei der Tötung auf Verlangen und die in Ausführung dieses Versuchs begangene Körperverletzung. Berlin 1900.

Wilhelm, Operationsrecht des Arztes und Einwilligung des Patienten in der Rechtspflege. In Beiträge zur forensischen Medizin Bd. 1, Heft 3. Berlin 1912.

Zitelmann, Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung. Leipzig 1908.

Zürcher in Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht Bd. 11 S. 490–493. 1898.

Die Abkürzungen entsprechen den Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken (Berlin 1905, Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

Einleitung.

Alles fließt. Diese heraklitische Wahrheit trifft auch für das Recht zu. Das Recht ist nichts Totes, sondern etwas Lebendiges: Die Rechtsordnung ist in ständigem Flusse begriffen. Von Jahrhundert zu Jahrhundert flutet das Recht weiter, denn das Gesetz ist wahrhaft nur so lange in Kraft, als es der Ausdruck der Volksüberzeugung ist. Wir stehen mitten in der Reform des Strafrechts.

Ein namentlich seit den 90er Jahren vielumstrittenes Problem im Strafrecht ist die Frage, wie weit sich der Arzt bei der Behandlung des Kranken und bei der hygienischen Pflege des Gesunden frei bewegen kann, ohne mit dem Strafgesetz in Konflikt zu geraten.

Der Vorentwurf sagt in der Begründung zu § 227, daß er davon abgesehen hat, besondere Regeln über die Strafbarkeit des ärztlichen Eingriffs aufzustellen, da es solcher ausdrücklicher gesetzlicher Vorschriften nicht bedarf.

Diese ablehnende Stellungnahme muß um so mehr wundernehmen, als einerseits die Unklarheit und Uneinigkeit über diese wichtige Frage gerade durch die unentwickelte Beschaffenheit unseres geltenden Rechts bedingt ist, und sich andererseits die Wissenschaft trotz geteilter

Meinungen darin einig ist, daß der Standpunkt der herrschenden Praxis zu verwerfen und gesetzgeberisch unhaltbar ist.[1])

Der Vorentwurf[2]) sagt insbesondere, daß die Frage, inwieweit zur Vornahme einer ärztlichen Operation die ausdrückliche Einwilligung des Kranken erforderlich ist, nicht generell, sondern nur im einzelnen Falle entschieden werden kann. Diese ausweichende Wendung trägt aber die Gefahr in sich, daß man sich vom speziellen Falle zu sehr gefangen nehmen läßt. Es scheint uns vielmehr der Idee der Gerechtigkeit näher zu kommen, von der hohen Warte des juristischen Denkens aus alle oder doch viele mögliche Fälle ins Auge zu fassen, um gehörig gewappnet zu sein, wenn uns ein Einzelfall entgegentritt.

Es sei daher hier zunächst ein kurzer Überblick über die theoretische Stellungnahme zu dieser Frage gegeben. Diesem werden eine Anzahl Einzelfälle folgen, welche zeigen sollen, daß die Behandlung dieser Frage auch von praktischer Tragweite ist.

Im wesentlichen sind zwei Auffassungen vertreten worden. Die ältere und weitaus überwiegende Meinung geht dahin, daß der ärztliche Eingriff an sich den Tatbestand des § 223 StGB. erfülle, aber aus irgendeinem Grunde die Rechtswidrigkeit fehle und damit Straflosigkeit gegeben ist. Nach der anderen Meinung, so auch

---

[1]) Schmidt S. 13.

[2]) Begr. S. 660.

der des Vorentwurfs, erfüllt der ärztliche Eingriff überhaupt nicht den Tatbestand eines Delikts. Seine Straflosigkeit versteht sich daher von selbst. Wir besprechen zunächst diese Meinung in ihren wesentlichen Ausgestaltungen.

I. Theoretischer Überblick.

A. Die Theorie des fehlenden Tatbestands.

Der Hauptvertreter der zuletzt bezeichneten Ansicht ist Stooß.[1]) Er ist bestrebt, nachzuweisen, daß der objektive Tatbestand der Körperverletzung nicht vorliegt. Er knüpft dabei an die Auffassung der Gesellschaft über den Begriff Behandlung an, die darunter niemals eine Mißhandlung oder Gesundheitsbeschädigung verstehe. Er übersieht dabei aber sowohl, daß der Sprachgebrauch nicht herangezogen werden darf, um juristische Begriffe klarzustellen, als auch (worauf v. Lilienthal hinweist), daß es durchaus nicht sprachwidrig ist, unter Mißhandlung neben der üblen, falschen Behandlung auch die unangenehme, schmerzhafte zu verstehen, da die Silbe „Miß" außer dem Verkehrten auch noch das Unangenehme bezeichnen will. Dieser Sprachgebrauch beruht aber u. E.

---

[1]) Neben ihm v. Bar, Beling, Binding, Fischer, Frank (a. a. O. S. 385 vor § 223 II, 3), Heß (Die Ehre), Heimberger, Kitzinger, Kohler, Kohlrausch, Kosti, Lenz, Löffler, Zürcher a. a. O.

darauf, daß die heilende Absicht des Arztes in den Begriff Behandlung hineingetragen wird, sodaß das Fehlen des objektiven kriminellen Tatbestands letzten Endes auf das subjektive Moment der Gesinnung des Arztes zurückgeführt wird. Stooß gibt das auch selbst zu, wenn er ausführt: Der Chirurg, der einen Patienten operativ behandelt, schädigt den Körper und die Gesundheit des Patienten nicht und will sie nicht schädigen; sein ganzes Bemühen ist vielmehr darauf gerichtet, dem Behandelten wohlzutun und ihn nicht zu schädigen. Und wenn auch Stooß bei Anton Heß tadelt, daß er das Wesen der Behandlung verkenne, wenn er annehme, daß der Wille des Arztes, den Patienten nicht zu schädigen, ihn straflos mache, so verfällt er unbewußt seinerseits in den gleichen Fehler, den straflosen Charakter der Behandlung von der Gesinnung des Arztes herzuleiten.

Es geht aber nicht an, aus dem Vorhandensein eines edlen Motivs zur Tat ohne Exzeption von der Norm auf das Nichtvorhandensein einer strafbaren Handlung zu schließen. Sonst müßte auch der Diebstahl an einer Flasche Wein durch eine Frau schon deshalb straflos bleiben, weil sie ihn etwa zu dem Zwecke begeht, den Wein einem Kranken zur Kräftigung zu geben. Ob die Frau im Moment der Ausführung der Tat weiß, daß sie eine strafbare Handlung begeht oder nicht, ist dabei gleichgültig, denn Unkenntnis des Gesetzes oder mangelndes Bewußtsein von der Übertretung der Strafvorschriften schützt nicht vor Strafe, ignorantia iuris nocet.

Besser zeigt sich, worauf es uns hier ankommt, an einem Fall, der sich 1888 in Berlin abspielte. Schmerzerfüllt standen die Einwohner Berlins unter den Linden, um der Beisetzung Kaiser Wilhelms I. beizuwohnen. Lange nach dem Vorbeisein des Zuges faßten dann zunächst einige aus Pietätsgründen an die Stoffe, mit welchen die riesigen Obelisken umwickelt waren, um sich zum Angedenken eine Erinnerung mitzunehmen. Andere mögen sich, weil wertvolle Stoffe aus Mangel an billigem Material in der Eile verwendet waren, in niedriger Absicht an dem Stoff vergriffen haben. Doch hier kommt es uns auf jene Ersten an, welche sich aus reinen Pietätsgründen ein Andenken mitnahmen. Eigentümerin der Stoffe war die Stadtverwaltung. Die Wegnahme wurde deshalb nicht weniger rechtswidrig, weil sie zu dem Zwecke geschah, sich ein Andenken an die weihevolle Stunde zu sichern. Für den Juristen heiligt eben der Zweck nicht jedes Mittel.

Heimberger hat in seiner Schrift „Strafrecht und Medizin“ die Ansicht von Stooß in ihren Hauptpunkten aufgenommen, und seine Deduktion geht im wesentlichen derjenigen von Stooß parallel. Er begeht aber den Fehler, die Frage der Vernichtung der Leibesfrucht selbständig aus dem Rahmen des Problems abzutrennen.

Der verletzende Eingriff des Arztes ist eine generelle Erscheinung, die sich durch das gesamte System der kriminalistischen Tatbestände hindurchzieht. Es sind daher die einzelnen Fälle nicht getrennt zu betrachten, sondern

zu bedenken, daß zur Heilbehandlung nicht nur die Heilung durch operativen Eingriff in die Körperintegrität gehört, sondern auch die Geburtshilfe, ferner die kosmetische Behandlung, die Beseitigung von Mißbildungen am menschlichen Körper. Daneben ist ebenso wichtig, die prophylaktische Behandlung, sei es durch Impfung oder andere, Ansteckung verhütende Immunisierung. Indessen pflegt man das Problem auf das Verhältnis des operativen Eingriffs zur Körperverletzung zu beschränken. Von dieser Beschränkung wollen auch wir Gebrauch machen, uns aber bewußt sein, daß damit nicht eine Spaltung des Problems, sondern eben nur eine Vereinfachung gemeint sein soll.[1])

Die Frage, ob der operative Eingriff an sich den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt oder nicht, bleibt für uns vorläufig noch dahingestellt; worauf es uns ankam, war, uns nachdrücklich dagegen zu verwahren, aus dem Zweck (der immer ein zwecksetzendes Subjekt voraussetzt) Schlüsse auf die Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit einer Handlung zu ziehen.

Den gleichen Irrtum begeht Eckstein a. a. O. für das Züchtigungsrecht, wenn er sagt: Man darf nicht die Züchtigungshandlung völlig isoliert betrachten, losgelöst von ihrem Zweck und unbekümmert um ihren eigentlichen Inhalt. Inhalt der Züchtigungshandlung ist nicht

---

[1]) vgl. Spinner a. a. O. S. 185 Vorbem.; Wachenfeld a. a. O. S. 128 Anm. 3.

nur eine Schmerzzufügung, sondern ihr Inhalt ist Erziehung. Eine Erziehungshandlung als solche aber, insofern sie sich in den Grenzen einer richtigen Erziehung hält, ist durchaus korrekte Behandlung des Zöglings und darum nicht eine Mißhandlung.

Auch hier wird übersehen, daß es sich zunächst nicht darum handelt, ob die Mißhandlung strafbar ist, sondern darum, ob überhaupt eine Körperverletzung vorliegt. Auch hier wird der gewünschte Enderfolg antizipiert in dem Bestreben, hier den Lehrer wie dort den Arzt vor der capitis deminutio zu bewahren, daß seine Tätigkeit als strafbare Körperverletzung bezeichnet werden müßte.

Heimberger hat nur zu gut erkannt, daß hier die schwache Stelle der Stooßschen Ansicht ist, wenn er so zu helfen sucht, daß er behauptet: „Manche objektiven Tatbestände tragen ihrer Natur nach ein subjektives Moment in sich". Er führt dafür als Beweis z. B. § 183 StGB. an, der denjenigen, welcher durch eine unzüchtige Handlung öffentlich ein Ärgernis gibt, mit Strafe bedroht, und führt dazu aus: Zum objektiven Tatbestand gehört hier eine „unzüchtige" Handlung. Der Begriff der Unzucht ist aber ein subjektiver und ein mit den Zeiten und Anschauungen wechselnder. Wenn „unzüchtig" definiert wird als „dem sittlichen Anstand in geschlechtlicher Beziehung widersprechend", so ist mit dem Worte „sittlicher Anstand" in die Definition eines objektiven Tatbestandsmerkmales ein subjektives Moment hineingetragen, denn was als „sittlicher Anstand" zu

bezeichnen ist, hängt eben von subjektiven Anschauungen einzelner oder einer Mehrheit ab. Gegen eine solche Auffassung wendet sich mit Recht das Reichsgericht,[1]) wo über den Begriff der Unzucht gesagt wird: „Die subjektive Empfindung des einzelnen ist für die Auslegung unverwendbar, und den unter sich abweichenden Auffassungen verschiedener Gesellschaftsklassen darf dabei nicht allein das ausschlaggebende Gewicht beigemessen werden. Der Begriff fordert gleichmäßig in allen Ständen und Gesellschaftsklassen — in allgemeiner Umschreibung — Reinheit der Geschlechtsehre".

Diese Vermengung der Begriffe subjektiv und objektiv bei Heimberger ist vielleicht ein Nachklang der Vertauschung dieser Begriffe, die sich an der Wende des 17. und 18. Jahrhunderts zuerst in Deutschland vollzog. Bei Aristoteles war subjektiv, was zum Subjekt gehörte. Objektiv war dagegen nach der damaligen Psychologie und dem lateinischen Wortlaut, was an den Vorstellungen von ihrem Vorsteller verursacht war, was wir also heute subjektiv nennen.

In denselben Irrtum verfällt Schweninger,[2]) wenn er im Erfolg[3]) den Rechtsgrund erblickt, der eine

---

[1]) RGSt. Bd. 37 S. 95.

[2]) Schweninger a. a. O. S. 43.

[3]) Der Erfolg kann übrigens an und für sich niemals als Basis für ein Operationsrecht dienen. Es ist in ungezählten Fällen überhaupt nicht voraussehbar, auch für den fähigsten Arzt nicht. Bleibt er aus, vielleicht aus rein zufälligen Ursachen, so soll wohl diese nach jeder Rich-

Tat von übernommenen Verantwortungen entlastet, soweit er die Einlösung gegebener Versprechungen bedeutet. Denn das Versprechen des Arztes in diesem Sinne ist nichts anderes als das juristisch bedeutungslose Mittel, dem Patienten die zum Gelingen der Kur ungemein wichtige Gemütsruhe zurückzugeben, nicht aber die Übernahme einer klagbaren Verpflichtung, eine erfolgreiche Kur vorzunehmen.

Überdehnt Stooß einerseits den objektiven Tatbestand, indem er in ihn subjektive Elemente hineinnimmt, so ist anderseits unvermeidlich, daß er auch die subjektive Seite erweitern mußte, denn sonst würde der Dolus ein Minus aufweisen. Er sagt, der Wille des Arztes, einen Patienten zu heilen, schließe den Vorsatz aus, dessen Körper zu verletzen. Ganz unzweideutig spricht das auch Spinner aus: Der ärztliche Wille geht auf Heilung, Milderung körperlicher Leiden und erfüllt somit das Merkmal des Vorsatzes nicht. Es ist aber für den Dolus nicht entscheidend, ob der vorgestellte Erfolg beabsichtigt war, d. h. ob seine Voraussicht auch das Motiv, den Anstoß zum Willensentschluß abgegeben hat (ob der Täter ihn mit dem verursachenden Handeln bezweckt). Indem

---

tung einwandfrei vorbereitete und durchgeführte Operation als gesetzlich unerlaubt gelten müssen! Solche Gedankengänge brechen natürlich den Stab selbst über sich. Es ist sinnlos, eine vielleicht zufällig gelungene Operation für straflos zu erklären und eine ohne jedes Verschulden mißlungene zu bestrafen.

Stooß das Motiv in den Dolus hineinzieht, begeht er damit eine juristische Unzulässigkeit.[1])

Schnitzler, der neuerdings die Ansicht von Stooß zu stützen sucht, weiß zu ihrer Rechtfertigung letzten Endes auch nur anzuführen, daß der Arzt den Kranken nicht gesundheitswidrig unangemessen behandelt, sondern zweckmäßig.

Diese ganze Anschauung verwechselt aber die sittliche Auffassung mit der juristischen Behandlung der Frage; indem sie nur die Gesinnung und den Zweck als zu billigend im Auge hat, glaubt sie damit die ärztliche Handlung ganz der Rechtssphäre entrücken zu können. Diese Theorie möchte durch einen ethischen Sprung die rechtstechnischen Erwägungen abschneiden.

Es unterliegt aber keinem Zweifel, daß der, welcher einem anderen den Schädel aufmeißelt oder den Schenkelknochen durchsägt, ihm einen Zahn plombiert oder durch die bekannten Mixturen den Bandwurm vertreibt oder den Magen auspumpt, in ihm Schmerz, Unlust erregt, eine Störung seines körperlichen Wohlbefindens vornimmt, seine Körperintegrität verletzt, oder wie man sonst die körperliche Mißhandlung oder Gesundheitsbeschädigung des § 223 StGB. verdeutlichen will.[2])

[1]) Ebenso Fischer a. a. O. S. 36; vgl. auch Wein a. a. O. S. 4.

[2]) Schmidt S. 20. Treffend sagt auch Galli im Recht 1905 S. 126: „Das Absägen eines Beines ist Mißhandlung, auch wenn Gesundheitsmehrung erzielt wird. Das Zwischenergebnis wird seines strafrechtlichen Charakters durch den gewollten Enderfolg weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht entkleidet".

Ist nun einerseits mit Stooß die selbstverständliche Tatsache nicht abzuleugnen, daß eine sittliche Mißbilligung der ärztlichen Handlung ausgeschlossen ist, so ist anderseits gegen Stooß ebenso unleugbar daran festzuhalten, daß der ärztliche Eingriff an sich den objektiven und subjektiven Tatbestand der Körperverletzung erfüllt.

Auch Heß, der zuerst[1]) die von Stooß weiter ausgebildete Ansicht verfocht, nimmt in einem Anhang „Der Arzt vor dem Forum" in seiner Schrift „Neue Thesen" (S. 54) seine frühere Behauptung, daß die Operation keine Verletzung sei, allen Umfangs zurück. Es ist ihm völlig beizupflichten, wenn er sagt: Der Arzt, der ein Geschwür mit dem Messer schneidet, begeht hierdurch ebenso eine Körperverletzung, wie der Feuerwehrmann eine Sachbeschädigung begeht, wenn er zwecks Rettung eines Hauses die Dachfenster und Dachziegel einschlägt, damit der Rauch aus dem brennenden Boden nach außen entweicht, oder wenn er die brennenden Gardinen oder den brennenden Balken zwecks Vermeidung des Weitergreifens des Feuers herunterreißt.

Wenn Schnitzler[2]) dazu bemerkt, daß dieser Vergleich nicht zutreffend sei, indem das Haus keine organische Einheit wie der Körper, sondern eine mehr oder weniger willkürliche und künstliche Zusammensetzung sei, was vom Hause gelte, gelte daher nicht vom menschlichen Körper,

---

[1]) Die Ehre § 9.

[2]) a. a. O. S. 15 Anm. 1.

so können wir diesem Einwand keinerlei Verständnis abgewinnen. Schnitzler scheint aus der Verschiedenheit der in Frage stehenden Objekte des deliktischen Angriffs eine Gegenüberstellung der Tatbestände an sich für irrig zu halten, übersieht aber dabei die wesentliche Tatsache, daß Sachbeschädigung und Körperverletzung ihrer Natur nach verschiedene Angriffsobjekte als wesentliches Tatbestandsmerkmal enthalten.

B. Die Theorien der fehlenden Rechtswidrigkeit.

Ist so an der Tatsache festzuhalten, daß an sich der ärztliche Eingriff eine Körperverletzung darstellt, so ist die Aufstellung eines Rechtfertigungsgrundes für den ärztlichen Eingriff von großer Bedeutung.

Bei völliger Übereinstimmung darüber, daß die ärztlichen Eingriffe zu den Fällen ausgeschlossener Rechtswidrigkeit trotz sonst erfüllten Tatbestandes der Körperverletzung (§ 223 StBG.) gehören, gehen indessen bei den Vertretern dieser Ansicht die Meinungen über den Rechtsgrund stark auseinander.

Im wesentlichen hat man folgende Theorien aufgestellt, um die Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffs rechtlich zu begründen:

1. Das ärztliche Berufsrecht.

Die zuerst von Hugo Meyer[1]) und nach ihm von einer großen Zahl von Schriftstellern[2]) vertretene An-

[1]) Lehrb. a. a. O. S. 271.

[2]) Berner a. a. O. S. 539; Binding, Handb. Bd. 1 S. 802;

sicht, der Arzt sei vermöge seines rechtlich anerkannten Berufs berechtigt, den Patienten am Körper zu verletzen, beruht auf dem Gedanken, daß der Staat jemandem, den er zur Ausübung der Heilkunde approbiere, damit selbstverständlich auch die Befugnis zur Vornahme aller Handlungen erteile, welche der ärztliche Beruf notwendig mache, also auch zur Begehung der erforderlichen Körperverletzungen.

Diese Ansicht ist aber nicht haltbar, denn einmal ist eben nicht jeder approbierte Arzt zu jedem ärztlichen Eingriff, sondern nur zu solchen berufen, welche er vorzunehmen versteht, und auf der anderen Seite fällt es niemandem ein, eine Körperverletzung als vorliegend zu erachten, wenn ein Nichtarzt an einem Patienten einen ärztlichen Eingriff kunstgerecht vornimmt.

Wenn allein der Beruf ausschlaggebend ist, müßte die Mutter, die ihrem Kinde einen wackligen Milchzahn ausbricht, der Vater, der seinem Jungen eine Brandblase kunstgerecht aufsticht, die Meisterin, die dem Lehrling, der verdorbenes Fleisch gegessen, durch eine Portion Rizinusöl ein mehrstündiges Bauchgrimmen zuzieht,[1]) der ausländische Chirurg, der zu einer Amputation berufen wird

---

Breithaupt a. a. O. S. 62, Gerichtsärztliche Wünsche S. 42 ff. über die Beschlüsse der Kommission der Ärztekammer für die Provinz Brandenburg; Geyer, Grundr. Bd. 1 S. 79; Kahl a. a. O.; v. Liszt in den früheren Auflagen; Merkel, Lehrb. S. 158; Olshausen a. a. O. Bd. 1 S. 217 Vorbem. vor § 51 Anm. 9 d, Bd. 2 S. 856 § 223 Nr. 9 b.

[1]) Schmidt S. 9.

und diese zum Wohl des Patienten vollzieht, ebenso wie der Naturarzt dem Strafrichter verfallen. Was die Naturärzte betrifft, so würde dieses Berufsrecht geradezu gegen die deutschrechtliche Freigabe der Heilkunde verstoßen. (§ 29 GewO.).

Die Annahme eines Berufsrechts reicht überdies nicht einmal aus, um dem Arzte Straflosigkeit zu sichern, da das Berufsrecht zwar einen Rechtfertigungsgrund, aber gar keinen Anhaltspunkt für dessen Tragweite gibt v. Lilienthal bemerkt mit Recht, daß es sich bei diesem Berufsrecht doch nur um eine die Strafbarkeit ausschließende Befugnis dem Staate gegenüber handele, nicht aber um ein Recht dem Patienten gegenüber. Daraus folgert er, daß erst die Einwilligung des Patienten in den ärztlichen Eingriff dem Berufsrecht zu seiner Bedeutung und Wirksamkeit verhilft. Eine sehr unbefriedigende Lösung, weil ja so durch die Stellungnahme des Patienten das Berufsrecht des Arztes paralysiert wird. Wird aber diese Konsequenz nicht gezogen, so würde diese Theorie zu einer unumschränkten Machtstellung des Arztes über seinen Patienten führen.

Die ärztliche Approbation ist nur als eine staatliche Empfehlung des Arztes für die Öffentlichkeit aufzufassen und zugleich als die Voraussetzung für gewisse besondere Befugnisse des Arztes im öffentlichen Recht. Aber eine allgemeine Befugnis, ohne und selbst gegen den Willen des Patienten zu operieren oder zu behandeln, ist durch die Approbation nicht gegeben, sondern nur ganz aus-

nahmsweise (nach den Seuchengesetzen bei ansteckenden Krankheiten) ist ein solches Recht dem Arzte beigelegt, sonst jedoch nirgends gesetzlich anerkannt.

Es darf ferner nicht übersehen werden, daß für dieses ärztliche Berufsrecht auch eine feste Kodifizierung im Sinne Oppenheims stattfinden müßte, eine Institution, die der rasch fortschreitenden Medizin sich wie ein Radschuh hemmend an den Wagen hängen würde. Es würde sich damit für die Medizin ein unhaltbarer Zustand der Abhängigkeit von den Berufsregeln, eine Rückkehr zu jener Systemmedizin ergeben, deren Grundsatz war: Besser nach den Regeln der Kunst gestorben, als gegen dieselben gesund geworden.

Berufsregeln als Norm würden für die Forscher, von denen die Medizin lebt, tödliche Fesseln bedeuten. Ein solches Berufsrecht könnte selbstverständlich nur territorial sein. Ein jeder Staat kann den Berufszwang nur für sein Staatsgebiet ausdehnen. Auf diese Weise liefert er seine Patienten ausschließlich den von ihm zugelassenen einheimischen Ärzten aus. Strenger als je würde der Gegensatz zwischen einheimischen und fremden Ärzten zutage treten.

Indessen ist dieser Standpunkt gesetzgeberisch[1]) mög-

[1]) Eine solche Regelung hat neuerdings Sudhoff a. a. O. für Ägypten festgestellt, wo die Stellung des Arztes die eines Beamten war, welcher im allgemeinen kein Einzelhonorar bekam, sondern aus öffentlichen Mitteln bezahlt wurde nnd verschiedene gerichtsärztliche Leistungen mit zu übernehmen hatte.

lich, und Schweden sucht ihn in einem dem Reichstage zugegangenen Entwurf einer Kgl. Verordnung über die Befugnis zur Ausübung der Heilkunde im Prinzip festzuhalten.[1]) Es ist darin folgendes bestimmt:

Die Befugnis zur Ausübung der Heilkunde steht zu:

1. den approbierten Ärzten, welche also die Lizentiatenprüfung in der Medizin bestanden haben;
2. denjenigen, welche, ohne daß sie die Approbation besitzen, eine Anstellung als Arzt innehaben, zu der sie der König berufen hat;
3. denjenigen, welche, ohne die Approbation zu besitzen, vom Medizinalamt als Stellvertreter für Ärzte bei der militärischen Krankenpflege oder als Unterärzte oder Assistenten an einer öffentlichen Klinik oder Poliklinik angestellt sind;
4. denjenigen, welche vom König die besondere Erlaubnis zur Ausübung der Heilkunde in bestimmtem Umfange und für gewisse Zeit erhalten haben.

Wer unbefugt die Heilkunde ausübt und dabei gegen Entgelt venerische Krankheiten, Lungenschwindsucht oder andere ansteckende Krankheiten behandelt oder bei deren Ausbruch bezw. Ausbreitung im Staatsgebiete Verordnungen gibt oder Behandlung durch Hypnose oder völlige Betäubung ausübt, wird mit Geldstrafe bis zu 1000 Kr.

---

[1]) Die Verordnung ist mit unwesentlichen Abänderungen am 1. 1. 1916 in Kraft getreten.

oder mit Gefängnis bis zu 6 Monaten bestraft. Geschieht das gewerbsmäßig, so kann die Gefängnisstrafe bis auf 1 Jahr erhöht werden. Die sonstige unbefugte gewerbsmäßige Ausübung der Heilkunde wird mit einer Geldstrafe bis zu 1000 Kr. belegt, falls nicht festgestellt wird, daß der Behandelte keinen Schaden an Leben und Gesundheit erlitten hat oder daß nur leichtere, gewöhnlich vorkommende Übel behandelt worden und dabei keine Mittel verschrieben worden sind, die für das menschliche Leben oder die menschliche Gesundheit gefährlich sind. Medikomechanische Behandlung und Krankenwärterei fallen nicht unter die Verordnung. Dieselbe soll am 1.1. 1916 in Kraft treten.

2. Die Einwilligung des Verletzten.

Zeigte sich das Unbefriedigende der Berufsrechtstheorie namentlich darin, daß sie den Patienten vollständig der Macht des Arztes auslieferte, so haben einige Schriftsteller[1]) das rechtliche Fundament der Befugnis zu ärztlichen Eingriffen völlig dem Patienten in die Hand gegeben, indem sie der Einwilligung des Verletzten in die Körperverletzung strafausschließende Wirkung beilegen. Diese Theorie zeitigt aber unannehmbare Konsequenzen.

---

[1]) Namentlich Keßler und das Reichsgericht (RGSt. Bd 25 S. 375, Bd. 38 S. 34), dessen Ansicht sich Stenglein a. a. O. angeschlossen hat.

Wenn die Strafloſigkeit der chirurgiſchen Operation und anderer ärztlicher Handlung nur durch die Einwilligung des Täters begründet wird, ſo folgt daraus, daß alles, was der Arzt mit Zuſtimmung des Patienten vornimmt, nicht ſtrafbar iſt, wenn es auch ſachlich noch ſo verfehlt ſein mag. Da dem Patienten überdies ein Urteil darüber, ob eine ärztliche Handlung ſachlich geboten ſei, meiſtens fehlt, ſo bekundet ſeine Einwilligung im Grunde nur das Vertrauen zum Arzt. Jedenfalls iſt nach dieſer Theorie eine ſachliche Begrenzung des ärztlichen Handelns unmöglich.

Holer fügt dem noch hinzu, daß es dem Arzt vermöge ſeiner Autorität in den meiſten Fällen eine Leichtigkeit ſein wird, eine Einwilligung zu erlangen, und die Begründung des Eingriffs mit der Einwilligung möglicherweiſe bei allzu gewagten Operationen, die aus Ehrgeiz oder im Intereſſe der Wiſſenſchaft, aber nicht des Kranken vorgenommen werden, einen Freibrief darſtellen könnte, welcher den Chirurgen vor jeder materiell noch ſo verdienten Strafe ſchützen würde.

Nach Oppenheim[1]) verkennt dieſe Anſicht ferner die eigenartige Natur des ärztlichen Rechtes zu ärztlichen Eingriffen: Iſt nämlich lediglich die Einwilligung das rechtliche Fundament, ſo ſteht der ärztliche Eingriff am Patienten jedem nichtärztlichen Eingriff an einem ein-

[1]) a. a. O. S. 10, vgl. auch Zeitſchr. f. Schweizer Strafrecht Bd. 6 S. 332.

willigenden Menschen gleich. Der Arzt, welcher einem Patienten mit seiner Einwilligung ein krankes Auge herausnimmt, um das andere noch gesunde zu retten, stünde vor dem Forum der Jurisprudenz ganz gleich da wie der Frevler, der einem gesunden Menschen mit dessen Einwilligung ein Auge aussticht! Eine solche Rechtsgleichheit würde aber jedermann befremden.

Eine neue Schwierigkeit ergibt sich aus der Frage, inwieweit bei der Körperverletzung durch die Einwilligung des Patienten die Rechtswidrigkeit und somit die Strafbarkeit ausgeschlossen wird.

Obwohl das Reichsgericht[1]) sonst bei der Körperverletzung der Einwilligung des Verletzten jede die Rechtswidrigkeit ausschließende Wirkung versagt, wird von ihm auffallenderweise beim ärztlichen Eingriff die strafausschließende Eigenschaft der Einwilligung anerkannt, und zwar ohne daß dafür eine irgendwie ausreichende Begründung gegeben wird.[2]) Das Strafgesetzbuch selbst äußert sich über die Einwilligung in eine Körperverletzung mit keinem Worte. Hier wird sie gerade am praktischsten.

In der Doktrin stehen sich drei Ansichten über die Wirkung der Einwilligung gegenüber: ähnlich dem dialektischen Schema Hegels: Thesis, Antithesis und

---

[1]) RGSt. Bd. 2 S. 442, Bd. 6 S. 61.

[2]) Lediglich aus dem Umstand, daß der Arzt seine Dienste nicht aufdrängen darf, zu folgern, daß nun auch Arten und Maße seiner Dienste ausschließlich durch den Willen des Patienten bestimmt werden müßten, ist willkürlich, unbewiesen und unbeweisbar (Schmidt S. 34).

Syntheſis iſt die eine für Strafbarkeit, die andere für Strafloſigkeit jeder mit Einwilligung begangenen Körperverletzung, die dritte für Strafbarkeit der ſchweren, für Strafloſigkeit der leichten mit Einwilligung verübten Körperverletzung.

Für Strafbarkeit jeder mit Einwilligung begangenen Körperverletzung ſind neben dem Reichsgericht:

Breithaupt a. a. O. S. 64;
Hälſchner im GerS. Bd. 35 S. 179;
Hubrich im GerS. Bd. 46 S. 236;
v. Liszt, Lehrb. S. 319 § 87 III;
H. Meyer, Lehrb. (1875) S. 375;
Oppenhoff, Komm. § 223 Nr. 2 S. 528.

Zur zweiten Anſicht — Strafloſigkeit — bekennen ſich:

Binding, Handb. Bd. 1 S. 724;
Binding, Lehrb. Bd. 1 S. 45;
Finger, Lehrb. Bd. 1 S. 416;
Heimberger, Strafrecht S. 8 ff.;
Joski a. a. O. S. 34;
Kahle a. a. O. S. 33;
Keßler, Einwilligung S. 72 u. 78;
Kronecker im GerS. Bd. 35 S. 219/20;
Meyer-Allfeld a. a. O. S. 119 u. 394;
Olshauſen a. a. O. § 223 Nr. 9 S. 879;
Ortmann im GerS. Bd. 35 S. 377;
Ortmann in GoltdArch. Bd. 25 S. 119;
Roedenbeck im GerS. Bd. 37 S. 139 ff.;

Roedenbeck, Zweikampf S. 38 u. 47;
Ullmann im GerS. Bd. 37 S. 555;
Zimmermann in GoltdArch. Bd. 29 S. 437.

Strafbarkeit der schweren, Straflosigkeit der leichten Körperverletzung wollen:

Geyer, Grundriß Bd. 2 S. 18;
H. Meyer, Lehrb. S. 472 (1895)[1];
Merkel a. a. O. S. 170.

Als Hauptgrund hat man für die Straflosigkeit der am Einwilligenden verübten schweren Körperverletzung ins Feld geführt, daß auch die Selbstverstümmelung vom Gesetz straflos gelassen sei und die beiden sich doch in ihren Folgen gleichkämen. Wir können uns dieser Ansicht nicht anschließen.

In der Literatur sind 2 Ansichten darüber vertreten worden: die eine geht dahin, daß die beiden Fragen der rechtlichen Behandlung der Selbstverletzung und der Verletzung des Einwilligenden nicht in Beziehung gesetzt werden dürften, sie leugnet jede Wesensverwandtschaft der beiden Fragen; die andere aber nimmt eine Verbindung derselben als vorhanden an. Keßler[2] hat für diese Ansicht folgende Formel geprägt: Wenn eine gewisse Handlung allen Individuen mit Ausnahme eines einzigen

---

[1] In der 1. Aufl. (1875) fordert er Straflosigkeit nur für ganz geringfügige, keineswegs alle nicht schweren Körperverletzungen.

[2] a. a. O. S. 68; vgl. auch GerS. Bd. 38 S. 570; desgl. Heimberger, Strafrecht S. 9 u. 10.

verboten ist, so liegt hierin ein vollgültiger Beweis dafür, daß das Interesse nur dieses einen Individuums durch dieses Gesetz geschützt werden solle, daß folglich die mit Einwilligung dieses Individuums vorgenommene Handlung unverboten sei. Keßler überschätzt hierbei den Begriff des Mangels der Rechtswidrigkeit, indem er aus dem Nicht-Rechtswidrig auf eine Dispositionsbefugnis schließt, während man daraus doch nur die rechtliche Indifferenz entnehmen darf. Auf die Körperverletzung angewandt darf aus dem Nichtverbotensein der Selbstverstümmelung nicht ein Sichverstümmelnlassendürfen hergeleitet werden, vielmehr nur die Straflosigkeit der Selbstverstümmelung. Diese beiden Begriffe sind ebensowenig auf einen Generalnenner zu bringen, wie es etwa Schopenhauer hinsichtlich der Begriffe Eigenliebe und Liebe versuchte, indem er jene als die Liebe diesmal auf das Subjekt selbst gerichtet ansah.

Die Keßlersche Formel darf wohl durch die Worte Wachs[1]) als entkräftet gelten: Man begreift, daß aus einem Nichttundürfen Dritter kein eigenes rechtliches Tundürfen folgt, daß aus der Willensbeschränkung Dritter nicht abgeleitet werden kann eine Befugnis, selbst zu handeln. Aus dem an eine bestimmte Gruppe von Menschen gerichteten Verbot, eine Sache anzugreifen und in ihrem Nutzen zu verwenden, folgt für die in jener

---

[1]) GrünhutsZ. Bd. 6 S. 551 (bei Hold a. a. O. S. 141 falsch zitiert); vgl. auch Metz a. a. O. S. 8 u. 37.

Gruppe nicht Eingeschlossenen nicht, daß sie das subjektive Recht haben, über die Sache zu verfügen.

Wenn ferner eine Anzahl dieser Schriftsteller[2]) die schrankenlose Wirksamkeit der Einwilligung in die Körperverletzung auf das Fehlen einer Herabminderung der sonst bei Körperverletzung festgesetzten Strafe im Vergleich zu § 216 stützen, so ist dem entgegenzuhalten, daß dieser Analogieschluß nur dann zulässig wäre, wenn wirklich eine Analogie bestünde, d. h. wenn Gleiches mit Gleichem verglichen würde. Körperverletzung eines Einwilligenden könnte höchstens mit Tötung eines Einwilligenden, aber niemals mit Tötung auf Verlangen verglichen werden.

Es ist weiter für die Begründung dieser Ansicht angeführt worden, das Gesetz habe selbst die Anschauung an den Tag gelegt, daß die Körperverletzung Einwilligender sogar in ihren schwersten Erscheinungsformen straflos bleiben solle, und zwar beruft man sich vor allem auf den Vergleich des § 224 mit § 142, 2 StGB., übersieht aber hierbei, daß das tertium comperationis, nämlich die Verstümmelung im einen Fall einen ganz anderen Sinn hat als im anderen.[2])

---

[2]) Insbes. Binding, Handb. Bd. 1 S. 722 ff., Lehrb. Bd. 1 S. 44 u. 45; neuerdings Schnitzler a. a. O. S. 56.

[2]) vgl. RGSt. Bd. 6 S. 346; Schmidt S. 58; Roedenbeck, Zweikampf S. 47. Man hat ferner noch auf die Bestimmungen über das Duell hingewiesen, vor allem Binding, Handb. S. 723. Doch auch dieses Argument darf als widerlegt gelten, vgl. hierüber Metz a. a. O. S. 40.

Wie man so auf § 216 StGB. gestützt die Straflosigkeit unter Einwilligung begangener Körperverletzung auf den Geist des Gesetzes zu fundieren suchte, so leiten die Gegner und mit ihnen das Reichsgericht[1]) ihre Argumentation ebenfalls aus dem Gesetze ab. Man folgert: Da bei der Körperverletzung eine dem § 216 entsprechende strafmildernde Vorschrift fehlt und die Einwilligung im allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs nicht erwähnt ist, ist ihr hier keine rechtliche Wirksamkeit beizulegen.

Hierbei ergibt sich aber die Unbilligkeit, daß auch die unbedeutende Körperverletzung, welche nur auf Antrag verfolgt werden kann, zu bestrafen wäre, wenn trotz Vorliegens der Einwilligung ein Antrag seitens des Verletzten gestellt würde. Und insbesondere müßte der Arzt, da er Messer und sonstige gefährliche Werkzeuge angewandt hat, wegen gefährlicher Körperverletzung nach § 223 a, gegebenenfalls auch wegen beabsichtigter schwerer Körperverletzung nach § 225 StGB. bestraft werden, im letzteren Falle mit Zuchthaus von 2—10 Jahren, und zwar dies alles, obwohl er dem Patienten vielleicht das Leben gerettet hat.[2])

Nach richtiger Ansicht hat die Einwilligung Strafbarkeit ausschließende Wirkung nur, soweit sie „Mißhandlung", d. h. Störung des körperlichen Wohlgefühls ist, dagegen nicht, soweit sie „Gesundheitsbeschädigung"

[1]) Insbes. RGSt. Bd. 2 S. 442.

[2]) Heimberger, Berufsrechte S. 39; Wiebeck a. a. O. S. 40; Dohna a. a. O. S. 144.

ist, d. h. in äußerer oder innerer regelwidriger Veränderung der Körperbeschaffenheit besteht.

R. Schmidt[1]) hat als erster darauf hingewiesen, daß in Ermangelung klarer Gesetzesvorschriften für die Beurteilung der Frage, ob die Körperverletzung eines Einwilligenden grundsätzlich strafbar oder straflos sein solle, eine feste Basis nur dadurch gewonnen werden kann, daß der Tatbestand des Delikts, das von ihm angegriffene Rechtsgut sorgsam geprüft wird. Danach kann die Einwilligung bedeutsam werden einmal als privatrechtlicher Dispositionsakt bei den Vermögensdelikten, indem dadurch ein Recht zum Verletzen des Gutes gegeben wird, und andererseits als Beweismoment dafür, daß das angegriffene Gut und damit ein Tatbestandsmerkmal des speziellen Tatbestands hier gar nicht vorliegt, so bei den Delikten gegen Güter höchst individueller Natur. Man hat in der Doktrin die Rechtsgüter, über welche der Inhaber verfügen kann, und solche, bei denen die Verfügungsgewalt fehlt,[2]) auf welche der Inhaber verzichten und nicht verzichten kann,[3]) veräußerliche und unveräußerliche,[4]) bedingte und unbedingte[5]) genannt. Doch ist das eine ebenso wie das andere nur ein anderer Name für

---

[1]) Schmidt S. 55.

[2]) v. Liszt S. 160; RGSt. Bd. 41 S. 392.

[3]) Berner a. a. O. S. 96.

[4]) Hälschner a. a. O. S. 470; Abegg a. a. O. S. 63; Grolmann a. a. O. S. 23; Wächter a. a. O. S. 104 § 59.

[5]) Hoier a. a. O. S. 91.

die oben gemeinte Einteilung der Güter, dessen wir uns entraten können.

Auf die verschiedenen Abweichungen in der inhaltlichen Abgrenzung zwischen den veräußerlichen und unveräußerlichen Rechtsgütern soll hier nicht eingegangen werden. Es sei nur erwähnt, daß von der Mehrzahl dieser Einteilungsarten überhaupt nicht versucht wird, eine Inhaltsbestimmung zu geben, und es den gemachten übrigen Versuchen an der wissenschaftlichen Begründung fehlt.[1])

Da nun der Mißhandlung der Erfolg des nur persönlichen Mißbehagens wesentlich ist, während die Gesundheitsbeschädigung eine regelwidrige innere oder äußere Veränderung der Körperbeschaffenheit kennzeichnet, deren Verwirklichung nicht vom subjektiven Empfinden des Betroffenen, sondern der objektiven Wahrnehmung Dritter abhängt, so ergibt sich die Straflosigkeit der Körperverletzung durch die Einwilligung nur insoweit, als sie Mißhandlung ist.[2])

Ist dem aber so, dann erweist sich die Einwilligung als nicht ausreichend, den Arzt genügend zu schützen. Es müßte vielmehr im Gesetz noch eine besondere Bestimmung dahingehend erlassen werden, daß der Arzt durch die Einwilligung einen besonderen Schutz erfahren soll.[3])

---

[1]) vgl. z. B. Binding, Handb. S. 719; Köstlin a. a. O. S. 690.

[2]) Schmidt S. 56 ff.

[3]) Schmidt S. 60 Anm. 2.

Zu besonders unerträglichen Konsequenzen führt die Einwilligungstheorie für den Fall, daß der Verletzte in die Verletzung nicht eingewilligt hat. Wenn die Einwilligung des Patienten allein der Rechtsgrund ist, der den Arzt zu einer Körperverletzung berechtigt, so sind alle ärztlichen Eingriffe, die ohne Zustimmung oder gar wider Willen des Kranken vorgenommen werden, als vorsätzliche Körperverletzungen zu strafen, selbst wenn sie zum Heile des Kranken auslaufen, selbst wenn dieser dadurch gebessert, ja wenn ihm dadurch das Leben gerettet wird. Der gewöhnlichste Fall, welcher zu Zweifeln Veranlassung gibt, ist der, daß der Arzt einen Bewußtlosen oder einen wegen Geisteskrankheit oder jugendlichen Alters nicht zurechnungsfähigen Patienten vor sich hat. Die Versuche, für solche Fälle durch Präsumtionen und Fiktionen eine Einwilligung des Verletzten künstlich zu schaffen, sind gänzlich mißglückt. So meint z. B. Flügge: In solchen Fällen muß der Arzt sich, so gut er es kann, in die Seele des Patienten versetzen und diejenige Entscheidung treffen, die nach des Arztes bestem Wissen und Gewissen der Kranke bezw. sein gesetzlicher Vertreter getroffen haben würde, wenn er das Krankheitsbild vollständig hätte überblicken können. Büdinger[1]) bemerkt hierzu mit Recht: Was nützt dies dem Arzte, wenn er selbst ein Künstler im Gedankenlesen wäre, vor Gericht? Sobald die Richter finden, daß sie andere Gedanken gelesen

[1]) Büdinger a. a. O. S. 9.

hätten, ist es zweifelhaft, ob die bona fides des Arztes als ausschlaggebend anerkannt wird. So wurde in dem unten als 4. Beispiel angegebenen Fall die Präsumtion für ungerechtfertigt erklärt, und das Vorgehen des Arztes als vorsätzliche und rechtswidrige Körperverletzung erkannt.

Heimberger bemerkt hierzu, daß es ihn nicht wundern würde, wenn die Ärzte durch solche Fälle scheu gemacht sich überhaupt nicht mehr auf das unsichere Gebiet der Präsumtionen begeben und den Kranken lieber seinem Schicksal überlassen wollen, als eine länger dauernde und möglichenfalls entehrende Freiheitsstrafe zu riskieren.

So gut, wie es in gewissen Fällen eine Präsumtion für die Einwilligung gibt, ist in anderen Fällen eine solche gegen die Einwilligung möglich. Bei einem Selbstmörder wird man annehmen dürfen, daß er ärztliche Hilfe ablehnt. Wenn ein Arzt oder Nichtarzt dazukommt und ihm etwa die Wunde kunstgerecht vernäht, um ihn vor dem sicher eintretenden Tode zu retten, müßte er wegen Körperverletzung bestraft werden. Mit Recht stellt Oppenheim[1]) die Frage: Wo ist der Mensch, der ein solches Handeln nicht für berechtigt hielte? Wo ist der Richter, der, wenn es dem geheilten Selbstverletzer einfiele, seinen Retter wegen Nötigung, Freiheitsberaubung und Körperverletzung zu verklagen, sich unterstehen würde, jenen Retter zu verurteilen.[2])

[1]) Oppenheim a. a. O. S. 11.

[2]) Der österr. Vorentwurf bestimmt im § 325 für solche Fälle,

Um wenigstens in solchen Fällen dem Arzt Straflosigkeit zu sichern, wird in einer Eingabe des Vorstandes der Ärztekammer für die Provinz Brandenburg und den Stadtkreis Berlin an den Staatssekretär des Reichsjustizamts betr. den Entwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch[1]) ersucht, im § 67 des Vorentwurfs das „Unverschuldete" der Gefahr nicht zur Voraussetzung der Strafausschließung zu machen. Es wird in den Gründen u. a. ausgeführt: Man denke an den Fall des künstlichen Aborts, der zur Rettung einer Frau eingeleitet werden soll. Es besteht die Gefahr, daß während der Schwangerschaft eine Tuberkulose fortschreitet und rapide zunimmt, sodaß eine sofortige Rettung geboten ist. Da nach § 217 des Vorentwurfs bestraft werden soll, wer an der Schwangeren mit ihrer Einwilligung die Abtreibung vornimmt oder ihr die Mittel hierzu verschafft hat, so sehen wir keinen Weg, wie der Arzt, der zur Rettung der Schwangeren den künstlichen Abort ausführt, einer Bestrafung entgehen soll. § 67 würde, wie er jetzt gefaßt ist, den Arzt nicht schützen, da man mit Recht einwenden könnte, daß die Gefahr in diesem Falle eine verschuldete sei. Besonders für die uneheliche Schwangerschaft kann dieser Einwand gemacht werden, wenn nicht nachgewiesen wird, daß die Schwängerung ohne oder gegen den Willen der Gefährdeten erfolgt ist.

---

daß die ärztliche eigenmächtige Behandlung nicht strafbar ist, die erfolgt, um einen anderen aus unmittelbarer Lebensgefahr zu retten.

[1]) Medizinalarchiv a. a. O. S. 339.

In gleicher Weise würde sich ein Arzt strafbar machen, indem er einen in Lebensgefahr befindlichen Mitmenschen rettet, wenn die Gefahr eine verschuldete war, und der in Gefahr Befindliche von der Rettung nichts wissen will. Es würde allen Empfindungen Hohn sprechen, einen Selbstmörder umkommen zu lassen, weil er sterben will. Man denke an den Fall, daß der Arzt zu einem Manne gerufen wird, der Gift genommen hat und der der Einführung der Magenpumpe Widerstand leistet. Man nehme weiter den Fall, daß der Arzt dem Betreffenden eine Kampfereinspritzung macht, um Herzlähmung zu verhüten, daß sich aber der Selbstmörder dagegen zu wehren sucht.

Die Einwilligungstheorie gerät offenbar hier in arge Verlegenheit, die sich nicht durch gewaltsame Präsumtionen und Fiktionen verschleiern läßt.[1]) Dieser Verlegenheit ist auch das deutsche Reichsgericht nicht entgangen. Indem es bei Bewußtlosigkeit, Geisteskrankheit, Unzurechnungsfähigkeit des Patienten oder bei Gefahr im Verzuge wegen Abwesenheit der Vertreter des Kranken, oder wenn die Willensäußerung des Kranken oder seiner Angehörigen unklar, unsicher, schwankend lauten, nicht eine spezielle Einwilligung verlangt, ergibt sich daraus, daß lediglich

---

[1]) Kahl a. a. O. S. 365 bemerkt hierzu: Es gibt Leute, die sonst im Leben recht tapfer sind, die aber eine natürliche Scheu vor dem Operationstisch nicht überwinden können und dem Türschlüssel des heiligen Petrus ruhiger entgegensehen als dem Messer des Arztes. Das ist eine Tatsache, welche das Recht bei der Aufstellung von Vermutungen nicht übersehen kann.

die Einwilligung des Patienten nicht ausreicht, um die Strafloſigkeit des Arztes zu garantieren. Das Reichsgericht hält auch neuerdings ſeinen Standpunkt nicht konſequent aufrecht.

Während es in ſtändiger Rechtſprechung einſeitig die Rechtslage des Verletzten betonte, der es mit Rückſicht auf ſein freies Recht zur Beſtimmung über die Unverſehrtheit ſeines Körpers ablehnen konnte, ſich den Gefahren einer Operation zu unterziehen, um den Umfang der Schadenserſatzpflicht eines anderen zu mindern, hat es in einem Urteil v. 30. 5. 1913 ausgeſprochen, daß dieſes freie Selbſtbeſtimmungsrecht des Verletzten über ſeinen Körper ſeine Grenzen finden müſſe, wo ſich ſeine Ausübung lediglich als Eigenſinn oder als rückſichtsloſe, ſelbſtſüchtige Ausbeutung der Haftung des Schadenserſatzpflichtigen darſtelle. Es darf nicht dazu gebraucht werden, um dem Verletzten die Mittel zur Führung eines arbeitsloſen Lebens zu ſichern.

Nach einer anderen Reichsgerichtsentſcheidung[1]) hat ein Unfallverletzter, für deſſen vermögensrechtliche Schädigung ein anderer erſatzpflichtig iſt, ſoweit er dazu imſtande iſt, zur Heilung oder Beſſerung ſeiner Krankheit die nach dem jetzigen Stande der mediziniſchen Wiſſenſchaft ſich darbietenden Mittel zur Anwendung zu bringen,[2]) und es muß

[1]) RGZ. Bd. 60 S. 147.

[2]) z. B. einem Mann mit einer Phlegmone eines Fingers wurde die Amputation des Fingers angeraten. Dieſelbe wurde verweigert. Der krankhafte Prozeß führte ſchließlich zur Amputation des Unterarmes.

hierbei wenigstens als Regel gelten, daß der Verletzte in solchem Falle nicht anders handeln darf, als es bei gleicher Gesundheitsstörung ein verständiger Mensch tun würde, der nicht in der Lage ist, die Vermögensnachteile, die ihm bei Fortdauer der Krankheit erwachsen, auf einen anderen abzuwälzen. Unterläßt es der Verletzte, in dieser Weise auf Wiederherstellung oder Besserung seiner Gesundheit Bedacht zu nehmen, so ist dies für den Versicherungsträger ein Grund, die Ansprüche aus der Versicherung abzulehnen.[1])

Die Einwilligung hat an erster Stelle der Patient selbst zu erteilen. Hier ergibt sich eine neue Schwierigkeit bei der Frage nach der Altersgrenze des Einwilligenden[2]) Wie steht es insbesondere mit der Bewertung der Einwilligung des Minderjährigen?

Von wie weittragender Bedeutung auch diese Frage ist, erkennt man daraus, daß das Reichsgericht im Jahre

---

Die Versicherung ersetzte den Verlust des Armes nicht; oder ein Mann mit Kontraktur eines Mittelfingers ist naturgemäß in seiner Arbeit sehr behindert; er schlägt die Absetzung der beiden Endglieder aus. Der Entscheid geht dahin, daß dem Manne ein entsprechender Prozentsatz für den gedachten Verlust der Glieder zu zahlen ist; nach zwei Jahren würde eine Gewöhnung eingetreten sein, und die Rente fällt dann fort.

[1]) vgl. auch Joachim u. Korn a. a. O. Bd. 2 S. 847.

[2]) Im engen Zusammenhange damit steht die Frage nach der Möglichkeit einer Stellvertretung bei der Einwilligung in eine Verletzung, wobei wieder zwischen gewillkürter und gesetzlicher zu unterscheiden ist. Vgl. über die Stellungnahme zu dieser Frage, die hier nur angedeutet werden soll, Metz a. a. O. S. 31/34 und die dort zitierte Literatur.

1913 einen Arzt, der ein 17jähriges Mädchen vollkommen sachgemäß operiert, und zwar erfolgreich operiert hat, wegen der fehlenden Einwilligung ihres Vaters als ihres gesetzlichen Vertreters verurteilt hat.

Eine den §§ 104 und 107 BGB. entsprechende Bestimmung fehlt dem Strafgesetzbuch. Was hier zu gelten hat, ist bestritten. Allgemein[1]) wird verlangt, daß der Einwilligende vollkommen geschäftsfähig sein müsse im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches. Nun setzt das strafrechtliche Antragsrecht die Vollendung nur des 18. Lebensjahres voraus. Mit Recht bemerkt daher Gerland,[2]) daß das Gesetz, welches für das strafrechtliche Antragsrecht nur die Vollendung des 18. Lebensjahres festsetzt, beim Verletzten die Beurteilungsfähigkeit einer erlittenen Verletzung voraussetzt und daß infolgedessen kein innerer Grund vorliege, die Einwilligungsfähigkeit hinsichtlich des Alters anders zu beurteilen. Einige Schriftsteller verzichten auf Fixierung einer Mindestaltersgrenze und lassen dem Richter völlig freien Spielraum bei der Entscheidung, ob Willensfähigkeit anzunehmen sei oder nicht.[3]) Überwiegend aber wird diese schrankenlose Relativität in der Beurteilung der Willensfähigkeit gemildert durch die Forderung der Übernahme der zivilrechtlichen Altersgrenze

---

[1]) Frank a. a. O. 4. Abschn. III; Schaper a. a. O. S. 130; Zitelmann a. a. O. S. 62.

[2]) Gerland a. a. O. S. 505.

[3]) So Pfersdorff a. a. O. S. 23; Meyer-Allfeld S. 200 Anm. 37; RGSt. Bd. 41 S. 393.

von 7 Jahren,[1]) oder durch Fixierung dieser Altersgrenze analog der bedingten Strafmündigkeit (§ 55 StGB.) auf das vollendete 12. Lebensjahr.[2])

Nach dem, was wir andeutend zu der Einwilligungstheorie, die den Grundsatz der herrschenden Praxis darstellt, ausgeführt haben, darf es wohl als ein Zufallstreffer angesehen werden, wenn im einzelnen Fall wirklich eine richtige Entscheidung getroffen werden sollte. Und wenn Heimberger[3]) erst zugesteht, daß ihm die Einwilligung des Patienten geeignet erscheint, die Rechtswidrigkeit und somit die Strafbarkeit des ärztlichen Eingriffs auszuschließen, so kommt er anderseits zu dem Ergebnis, daß die Konsequenzen, zu denen die Einwilligungstheorie führt, zeigen, daß sie so unbefriedigend ist, daß man sich zu Zweifeln an der Richtigkeit ihrer Grundlage geradezu gezwungen sieht. Das hat sich auch in der Praxis gezeigt.

Im Hamburger Fall[4]) entging der Arzt nur dadurch

---

[1]) Binding, Handb. S. 727; Joski a. a. O. S. 22; Breithaupt a. a. O. S. 22; Keßler a. a. O. S. 102.

[2]) Klee in GoltdArch. Bd. 48 S. 233; Holer a. a. O. S. 107; Finger a. a. O. S. 417; v. Liszt, Lehrb. S. 315 Anm. 1. Wilhelm (a. a. O. S. 39) schlägt de lege ferenda vor: Grundsätzlich ist strafbar, wer einen Minderjährigen gegen den ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des zur Sorge für seine Person Berechtigten ärztlich behandelt, es sei denn, daß die Behandlung dem ausdrücklichen oder zu vermutenden Willen des Minderjährigen über 16 Jahren entspricht.

[3]) Strafrecht S. 15.

[4]) s. unten 1. Fall.

der Bestrafung, daß das Landgericht Hamburg, an welches die Sache zur Neuverhandlung zurückverwiesen wurde, nochmals freisprach, indem es Gewicht auf den Umstand legte, daß das Kind beim Erscheinen des Vaters bereits in der Narkose gelegen habe.

Im Dresdner Fall[1]) blieb der Arzt nur dadurch von der Strafe frei, die ihn nach der Praxis des Reichsgerichts hätte treffen müssen, daß die Staatsanwaltschaft die Anklage nicht erhob.

Es sei hier anschließend die Ansicht Dietrichs erwähnt, die einen neuen Rechtfertigungsgrund in der Notwendigkeit der ärztlichen Eingriffe gefunden zu haben meint. Aber wir können einen Unterschied zwischen seiner Ansicht und der, wonach die ärztlichen Eingriffe bloß aus der Einwilligung des Patienten zu rechtfertigen sind, nicht bemerken.

Er rechtfertigt den ärztlichen Eingriff zwar aus der Notwendigkeit einer Rechtsverletzung, weil sie die geringeren Übel und notwendigen Mittel zur Bannung solcher Übel sind, deren Nichteintritt das Gesetz selber anstrebt. Er übersieht aber schon dabei, daß ein Satz der Vernunft, so berechtigt er auch erscheinen mag, nur dann und so weit einen Einfluß auf das positive Recht zu üben vermag, wenn er auch formell durch eine der beiden Rechtsquellen anerkannt ist. Würde eine Forderung der Billig-

---

[1]) s. unten 2. Fall.

keit ohne weiteres als Ausnahmerechtssatz gelten, so wäre z. B. eine Bestimmung über die Notwehr überflüssig.[1])

Auf S. 68 seiner Schrift sagt er aber: Da die Einwilligung in der Regel erforderlich ist, so handelt der Arzt, der einen sich als Körperverletzung darstellenden Eingriff imito laeso vornimmt, rechtswidrig und ist strafbar. Ein Arzt, der einen Kranken gegen dessen Willen operiert, macht sich der vorsätzlichen Körperverletzung schuldig.

Es läuft also seine Theorie letzten Endes auf die Einwilligung hinaus, sodaß die gleichen Einwendungen dagegen zutreffen wie gegen jene.

3. Der ärztliche Zweck.

Das besondere Verdienst Oppenheims, welchem das Berufsrecht des Arztes ebensowenig wie die Einwilligung des Verletzten ausreichend erscheint, die Straflosigkeit des Arztes zu rechtfertigen, ist es, als erster auf das Gewohnheitsrecht als die Rechtsquelle als das formale Erfordernis eines Rechtssatzes für den ärztlichen Eingriff hingewiesen zu haben. Heute wie seit undenklichen Zeiten, sagt er, werden ärztliche Eingriffe ungestört vorgenommen, obwohl sich die Gesetze über ihre Zulässigkeit ausschweigen. Die Tatsache erklärt sich juristisch aus sich selbst: sie ist eine solche des Gewohnheitsrechts.

---

[1]) So auch Heimberger, Strafrecht S. 18.

Es ist dagegen angeführt worden,[1]) es sei nicht denkbar, daß ein zur Zeit des Inkrafttretens unseres Strafgesetzbuchs bereits Jahrtausende hindurch bestandenes Gewohnheitsrecht, wie es hier behauptet wird, neben diesem Geltung habe. Dagegen ist aber zu sagen, daß es — wenn auch vom § 2 StGB. die Geltung des Gewohnheitsrechts, soweit die Regelung von Verbrechenstatbeständen und ihren Strafen in Frage kommt, ausgeschlossen ist — de lege ferenda sehr wohl als Rechtsquelle für eine zu normierende lex in Betracht kommen kann.

Als das gewohnheitsrechtliche Fundament des Rechts zum ärztlichen Eingriff, als das dieses Recht konstituierende Moment erkennt Oppenheim den ärztlichen Zweck in seinen verschiedenen Ausstrahlungen. Als solche Zwecke nennt er: Heilung und Linderung von Krankheiten, Vorbeugung gegen Krankheiten, Korrektur entstellender körperlicher Mängel, Geburtshilfe, Experimente an Kranken zur Heilung, an Gesunden und Kranken behufs Fortbildung des ärztlichen Wissens und Könnens.

Damit rückte er aber den Interessenstandpunkt des Arztes zu sehr in den Vordergrund, wiewohl er eine gleichmäßige Abwägung der Interessen aller Beteiligten anstrebte. Das zeigt sich in den von ihm aufgestellten Regeln,[2]) die wohl die ärztlichen Anschauungen richtig

---

[1]) Lieske a. a. O. S. 415.

[2]) a. a. O. S. 21—38.

wiedergeben, aber nicht der Rechtsüberzeugung des Volkes, des Urhebers des Gewohnheitsrechts, entsprechen.

Abgesehen davon können diese Regeln in ihrer kasuistischen Zuspitzung für ein künftiges Gesetz keinesfalls festgehalten werden; sie würden dem Fluch aller übertrieben spezialisierenden Rechtssätze verfallen, nämlich in ihrer Sucht nach Erfassung der Detailerscheinung lückenhaft und folglich unzulänglich zu bleiben.[1]) Eine Kasuistik kann ein gemeinsames, zusammenfassendes Merkmal nicht ersetzen.[2])

4. Das Recht der ärztlichen Hilfe.

Krankte die Stooßsche Theorie ebenso wie die Berufsrechtstheorie daran, daß sie den Interessenstandpunkt des Arztes zu sehr betonte, war die Einwilligungstheorie zu beengend für den Arzt, wie die Theorie, die den Arzt durch die Heilungsabsicht decken will (Lilienthal, Oppenheim), zu weit und zu gefährlich für den Patienten, so ist es das Verdienst Richard Schmidts, alle rücksichtswürdigen Interessen gleichermaßen in Betracht gezogen zu haben. Er zog die Summe der für sich allein haltlos stehenden Theorien.

Er wies vor allem darauf hin, daß neben der Aufstellung des Rechtsgrundes vom Gesetz grundsätzlich auch die Grenze gezogen werden muß, die dem Arzt ermög-

---

[1]) Schmidt S. 15.

[2]) Begr. (in anderem Zusammenhang) S. 638.

licht, seinen Beruf unbehelligt auszuführen, und die Sicherheit schafft zwischen der Berufsfreiheit des Arztes und dem individuellen Wohl des Patienten. Die Frage nach dem Rechtfertigungsgrund muß schärfer als bisher von der Frage nach der Abgrenzung der Verantwortlichkeit des Arztes gesondert werden. Nur auf diese Weise kann dem Bedürfnis genügt werden, das beiden beteiligten Interessenkreisen gemeinsam ist, und das man als das der Rechtssicherheit bezeichnen kann.[1])

Ist nun, wie wir oben sahen, rechtstechnisch an sich der ärztliche Eingriff unter den Tatbestand der Körperverletzung zu subsumieren, und soll anderseits die ethische Billigung derselben auch durch das Gesetz garantiert werden, so ist dies nur mit Hilfe eines zweiten Rechtssatzes möglich, der den ersten beschränkt, d. h. neben den Regelsatz muß ein Ausnahmesatz gestellt werden, der bestimmte Gruppen von Handlungen, das an sich dem Strafgesetz unterfallen, für nichtsozialschädlich und folgeweise für nichtstrafwürdig erklärt.[2])

Es muß als Ausnahmegrund der Strafloſigkeit für den ärztlichen Eingriff ein Strafausschließungsgrund geschaffen werden.

Diese Regelung ist dadurch bedingt, daß die moderne Strafgesetzgebung auf dem Standpunkt der abstrakten Formulierungen steht; sie bezeichnet generell nur die strafbare Handlungsgattung und stellt die für alle

[1]) Schmidt S. 7 ff.

[2]) Schmidt S. 17.

Tatbestände bedeutsamen Entschuldigungsgründe (Notwehr, Züchtigungsrecht[1]) der Eltern und Erzieher, amtlicher Eingriff) ebenfalls abstrakt bezeichnet daneben.[2])

Das innere Analogon, das die ärztlichen Handlungen mit den Strafausschließungsgründen verbindet, ist in ihrem Zweck zu suchen. Von hier aus erweist es sich von neuem als irrig, wenn man dabei den Zweck des Arztes als Rechtfertigungsgrund im Auge hatte. Überall ist es vielmehr der sozialnützliche Zweck, der die Verletzung eines Gutes ausnahmsweise rechtfertigt.

Es kommt nicht auf den Zweck des Handelnden an, sondern vielmehr darauf, ob objektiv die verletzende Handlung schützende, erhaltende, heilende Wirkung verspricht, also auf die Zwecke, die der Gesamtheit wertvoll sind. Der Rechtfertigungsgrund der ärztlichen Eingriffe beruht somit in Wahrheit darin, daß sie objektiv geeignet sind, den der Gesellschaft wünschenswerten Erfolg — vulgo Zweck — herbeizuführen; darin, daß sie nach den Regeln der Erfahrung im durchschnittlichen wahrscheinlichen Verlauf einen nützlichen Erfolg erwarten lassen.[3])

---

[1]) Diese Ausnahmerechtssätze brauchen nicht, wie beispielsweise bei Notwehr und Notstand, im Strafgesetzbuch zu stehen, sondern können sich auch außerhalb desselben finden, so ist z. B. in Sachsen die Rechtswidrigkeit der bei Ausübung des Züchtigungsrechts begangenen Körperverletzungen ausgeschlossen durch das Gesetz betr. das Volksschulwesen v. 26. 4. 1873.

[2]) Schmidt S. 21 Anm. 3.

[3]) Schmidt S. 27. Wenn Behr (a. a. O. S. 69) zwei Jahre später mit den gleichen Worten einen neuen Lösungsversuch anbietet, „der

Aus diesem Rechtfertigungsgrund ist nun auch die Grenze des straflosen Verfahrens ableitbar. Wie nach § 53 StGB. die Verteidigungshandlung straflos ist, soweit sie gerade diesem Angriff gegenüber erforderlich war, so muß auch der Arzt unverantwortlich sein, soweit er sich in den Grenzen der zur Heilung, Schmerzlinderung, Immunisierung erfahrungsmäßig erforderlichen Maßregeln bewegt.

Auf Grund dieser Erwägungen kommt Schmidt zu dem Ergebnis, daß die Berücksichtigung der beteiligten Interessen die rechtliche Anerkennung eines Strafausschließungsgrundes verlangt, den er als das Recht der ärztlichen Hilfe bezeichnet. Er erhebt daher die Forderung eines Paragraphen hinter §§ 53, 54 StGB., der etwa zu lauten hätte:

> „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch die Notwendigkeit ärztlicher Hilfe geboten war.
>
> Derjenige, welcher zugezogen wird, um einer Person ärztliche Hilfe zu leisten, ist, solange diese Person oder deren gesetzlicher Vertreter der Behandlung nicht widerspricht, zu allen Eingriffen berechtigt, welche zur Erhaltung ihres Lebens oder ihrer Gesundheit erforderlich sind. Die Überschreitung der

---

sich noch bei keinem Schriftsteller findet", so scheint uns seine Originalität wenig überzeugend; selbst wenn er für „Recht der ärztlichen Hilfe" „Anerkennung der ärztlichen Norm" als Strafausschließungsgrund sagt.

berechtigten Hilfe ist nicht strafbar, wenn der Arzt über deren Grenzen hinausgegangen ist, weil er infolge der begleitenden Umstände die ärztlichen Regeln nicht erkennen konnte".

Nach dem bisher Ausgeführten erscheint uns diese Wendung des Problems als der allein gangbare Weg. In der Tat ist er gesetzgeberisch auch verwendet worden. So bestimmt der Criminal Code von Neuseeland unter dem Titel Matters of justification or excuse im § 69:

„Geschützt gegen strafrechtliche Verfolgung ist derjenige, welcher zum Nutzen eines anderen an demselben mit der erforderlichen Sorgfalt und dem nötigen Geschick eine nach Lage der Sache und dem Zustande des Patienten vernünftige Operation ausführt".

Die gleiche Formulierung enthält für das englisch-amerikanische Recht[1]) der Criminal Code (Indictable Offences) bill as ammended in committee (Entwurf von 1879) § 67:

„Every one is protected from criminal responsibility for performing with reasonable care and skill any surgical operation upon any person for his benefit: Provided that performing the operation was reasonable having regard to the patients

[1]) vgl. Löffler in Vergl. Darst. S. 249.

state at the time, and to all the circumstances of the case".[1])

Als die wünschenswerte Basis für die Sanktion der gesetzlichen Regelung der ärztlichen Stellung erkennt Schmidt ebenso wie Oppenheim zutreffend das Gewohnheitsrecht.[2])

Als ein Indiz für das Vorhandensein eines solchen Gewohnheitsrechtes darf es gelten, wenn der Staat duldet, daß in von ihm selbst errichteten Anstalten unendlich viel operiert wird, ohne daß das Gesetz die Rechtswidrigkeit beseitigt, wenn er sozusagen den von ihm besoldeten Chirurgen das Messer in die Hand gibt und ferner gewährt, daß das bürgerliche Recht jenem für seine verletzende und an sich rechtswidrige Tätigkeit einen Anspruch auf Vergütung gibt.

Aber auch aus einer positiven Bestimmung des Strafgesetzbuches ist zu entnehmen, daß ihr von jeher eine Rechtsgewohnheit solchen Inhalts zugrunde gelegen hat. Das ist der Fall bei der gerichtlichen Prüfung des Schuldausschließungsgrundes, den die Unzurechnungsfähigkeit wegen Geistesschwäche, Geisteskrankheit oder krankhafter Bewußtlosigkeit begründet, wie er nach Maßgabe des

---

[1]) Dem Sinne nach ähnlich äußern sich auch die schweizerischen Ärzte in einer Eingabe der schweiz. Ärztekommission vom Jahre 1906 zu einzelnen Artikeln des Entwurfs zu einem schweiz. Strafgesetzbuch vom Jahre 1903, indem sie einen Zusatz zu § 25 (Notstand) forderten.

[2]) Auch die Vertreter aller anderen Theorien können das Gewohnheitsrecht nicht entbehren, vgl. Schmidt S. 39.

§ 51 StGB. der Begutachtung des medizinischen Sachverständigen überwiesen wird. Diese Begutachtung kann nur gemäß den medizinischen Erfahrungsregeln geschehen.[1])

Wir haben also daran festzuhalten, daß für das Verhalten des Arztes, der zum Wohl der behandelten Patienten seine Berufsfunktion durch Handlungen ausübt, die sich äußerlich als rechtswidrige Eingriffe darstellen, ausnahmsweise ein Gewohnheitsrechtssatz des Inhalts gelten muß, daß der Arzt grundsätzlich berechtigt ist, alle Maßnahmen anzuwenden, die nach den ärztlichen Erfahrungsregeln zum Zwecke der Behandlung erforderlich sind.

So ist der Rechtsgedanke auch schon vorgebildet im Art. 134 der peinlichen Gerichtsordnung Karls V. Denn danach soll Bestrafung erfolgen, „so eyn artzt auß vnfleiß oder vnkunst, vnd doch vnfürsetzlich jemandt mit seiner artzenei tödtet, erfündt sich dann durch die gelerten vnd verstendigen der artzenei, daß er die artzenei leichtfertiglich vnd verwegenlich mißbraucht, oder sich vngegründter vnzulessiger artzenei, die jm nit gezimbt hat vnderstanden, vnd damit eynem zum todt vrsach geben —".

5. Das öffentliche Wohl.

Ist uns so der ersprießliche Weg vorgezeichnet, den die Gesetzgebung für die Fundamentierung des ärztlichen Eingriffs zu beschreiten hat, so scheint uns für die ge-

[1]) vgl. hierzu eingehend Schmidt S. 43—50.

setzgeberische Tendenz durch den Krieg ein bisher noch zu wenig berücksichtigtes Moment hervorgetreten zu sein.

Während dieses Krieges sind im Kriegs-Etappen- und Heimatgebiet von den Militärbehörden Impfungen gegen Cholera und Typhus vorgenommen worden, ohne daß man sich dabei um die Einwilligung der Soldaten bekümmerte, indem man das Recht dazu aus der Befugnis zu körperlichen Eingriffen im Interesse der Militärtauglichkeit herleitet.

Wie zur völligen Durchführung der allgemeinen Wehrpflicht § 140 StGB. eine Beschränkung der Freizügigkeit und § 142 StGB. eine Beeinträchtigung des freien Verfügungsrechtes über den Körper normiert, so ist vom 2. Senat des Reichsmilitärgerichts[1]) in der Entscheidung v. 27. 5. 1905 (Entsch. Bd. 8 S. 288) „aus der Dienstpflicht des Soldaten, die nicht nur darin besteht, ein Mitglied des Heeres zu sein, sondern auch die Verpflichtung in sich schließt, ein brauchbares Mitglied desselben zu sein", die Pflicht des Soldaten gefolgert worden, sich einem ärztlichen Eingriff zu unterziehen.[2]) Demnach ist die Einwilligung des Soldaten zu einem die Dienstbrauchbarkeit betreffenden Eingriff nicht erforderlich.

Allerdings ist für Friedenszeiten im § 77 Nr. 3 der Friedenssanitätsordnung vom 16. 5. 1891 bestimmt, daß

---

[1]) Ebenso in einem Urteil v. 23. 12. 1911 (Entsch. Bd. 16 S. 224).

[2]) vgl. Weimann a. a. O. S. 529 und Kästner a. a. O. S. 123.

vor jeder erheblichen chirurgischen Operation der ordinierende Sanitätsoffizier sich der Einwilligung des Kranken versichern, und wenn nicht Gefahr im Verzuge ist, dem Chefarzt von der Zeit der Operationsausführung Meldung machen muß. Die Kriegssanitätsordnung v. 27. 1. 1907 enthält eine derartige Vorschrift nicht. Daraus ist die Folgerung zu ziehen, daß im Kriege die Einwilligung des zu Operierenden nicht erforderlich ist, vielmehr sowohl auf die Kunst und Gewissenhaftigkeit unserer Ärzte als auch auf den militärischen Gehorsam in Dienstsachen vertraut wird. Der Zucht des Soldaten vor dem Feinde, dem er für seinen Staat sein Leben bietet, entspricht die Zucht vor dem Arzt, der ihm sein Leben retten und erhalten will.[1])

Dr. Brewitt[2]) äußert sich speziell über die Frage der Herstellung der Tauglichkeit: Wir finden es selbstverständlich, daß ein Mann, der einmal verwundet war und geheilt ist, zum zweiten, ja zum dritten Male wieder gern gegen den Feind zieht und seinen Körper der Gefahr aussetzt. Berücksichtigen wir dieses, so kann logischerweise kein Zweifel darüber entstehen, daß in Kriegszeiten der Heeresverwaltung das Recht zusteht, kräftigen Männern, die lediglich durch kleine Schäden und Gebrechen nicht zum Waffendienste tauglich sind, zu befehlen, diese Schäden beseitigen zu lassen, wenn zu erwarten ist, daß durch die vorzunehmende ungefährliche Operation Wehrfähigkeit in vollem Umfange erzielt wird.

[1]) Ebenso Ebermayer in Dtsch. Med. Wochenschr. 1915 S. 803.

[2]) Dtsch. Med. Wochenschr. 1915 S. 500.

Wir stimmen dieser Schlußfolgerung in vollstem Umfange bei.

In der Welt der Wirklichkeit ist kein Raum für den ewigen Frieden. Dieser Weltkrieg wird auch nicht der letzte Krieg für uns sein. Früher oder später wird Deutschland wieder einem gerüsteten Feinde gegenübertreten müssen. Und wir meinen, die Wehrkraft eines Volkes hängt, wenn nicht zuerst, so doch nicht zuletzt von der Volksgesundheit ab. Und wenn man auch nicht so weit gehen soll wie in Sparta, wo von vornherein der Soldat das Ideal des Bürgers war und die Schwächlinge und Krüppel in den Eurotas oder die Schluchten des Taygetos geworfen wurden, so darf man wohl in der Gegenwart ein gesundes Geschlecht verlangen.

Wo es sich um Sein oder Nichtsein des Staates handeln kann, hat der Staat das Recht und die Pflicht, egoistisch zu sein, zumal wenn — wie in diesem Falle — dieser Egoismus allen einzelnen als einzelnen zugute kommt. Denn wie soll der einzelne für andere leben und arbeiten können, wenn er sich selbst nicht gesund erhält? Diese Anforderung an einen gesunden Selbsterhaltungstrieb läßt nicht zu, daß „jeder nach seiner Fasson zugrunde gehe".

Weil die Schädigung, die der Allgemeinheit droht, wenn der einzelne auf seine Gesunderhaltung keinen Wert legt, vom einzelnen weniger empfunden wird, sollte man auf sie doppelte Aufmerksamkeit richten. Man sollte endlich die Ansicht fallen lassen, daß die Gesundheit lediglich

Privatsache des einzelnen Individuums sei.[1]) Zu welchen Konsequenzen diese Ansicht führen kann, zeigt folgender Fall,[2]) in dem das Schöffengericht Berlin-Schöneberg (sonderlicherweise) einen Notstand nicht anerkannt hat:

Ein Arzt war zu einem schwer diphtheriekranken Kinde nachts in unbeleuchtetem Automobil gefahren, weil die Akkumulatorenbatterie seines Wagens unvorhergesehenerweise durch Kurzschluß entladen und eine anderweitige Beschaffung der vorgeschriebenen Beleuchtung unter den obwaltenden Umständen unmöglich war. Er führte aus, daß er es mit seinem ärztlichen Gewissen nicht habe vereinbaren können, weil zufällig seine Laternen nicht brannten, ein mit dem Tode kämpfendes Kind im Stich zu lassen. Das Schöffengericht erkannte trotzdem auf die niedrigste gesetzlich zulässige Strafe von 1 Mk. mit der Begründung, daß jene Bestimmungen zum Schutze der Allgemeinheit bezw. der Schutz des Publikums höher stehe als das Interesse des einzelnen Individuums.

Der Gedanke, daß die Gesamtheit Interesse an der Gesundheit des einzelnen hat, ist auch bisher der Gesetzgebung nicht fremd. Der Staat sucht allenthalben seine Glieder gesund zu erhalten. Es sind die verschiedensten

---

[1]) Dieser Gedankengang scheint — allerdings ziemlich unklar — Wein a. a. O. vorgeschwebt zu haben, wenn er das überwiegende Interesse als ausschlaggebend bezeichnet; er versteht aber letzten Endes darunter lediglich die Wohlfahrt des Patienten.

[2]) Zeitschr. f. ärztliche Fortbildung 11. Jahrg. 1914 Nr. 11 S. 351.

Maßregeln getroffen worden, die den Zweck haben, seine Mitglieder vor Gesundheitsbeschädigung zu schützen, so die hygienischen Verordnungen in den Fabriken, die Anordnung über die chemische Untersuchung der verschiedenen Nahrungsmittel u. a. m.

Diese Tendenz ist auch beim Vorentwurf nicht zu verkennen. Darin sind z. B. neu eingeführt die sichernden Maßnahmen der Unterbringung in Trinkerheilanstalten, es ist ferner zum Schutze der Arbeiter in lebensgefährlichen Betrieben eine besondere Strafbestimmung gegen die Beseitigung oder Nichtanbringung von Schutzvorrichtungen vorgesehen. Gegen die Trunksucht ist außerdem eine stärkere Maßnahme vorgeschlagen: außer dem Wirtshausverbot und der Unterbringung in eine Trinkerheilanstalt auch besondere strafrechtliche Verantwortung bei Bewußtlosigkeit infolge selbstverschuldeter Trunkenheit und Strafbestimmungen gegen die gemeingefährliche Trunkenheit und gegen die Übertretung des Wirtshausverbotes.

Auch auf anderen Gebieten geht der Staat schon bisher unnachsichtlich vor, wenn es dem öffentlichen Wohle gilt. So benimmt die Rechtsordnung dem verletzenden Eingriff der Enteignung die Rechtswidrigkeit, wenn das öffentliche Interesse es verlangt, während sonst der Schutz des Eigentums das Fundament der sozialen Ordnung bildet.

Und wenn es das öffentliche Wohl verlangt, ein gesundes Volk bereitzuhalten, wenn es gilt, wuchtig auszuholen, um dem Ansturm übermächtiger Feinde trotzen zu können, so soll der Staat kein Mittel scheuen, die

Volksgesundheit zu fördern und zu heben selbst auf die Gefahr hin, daß der einzelne in seinem Persönlichkeitsrecht der Verfügung über seinen Körper beeinträchtigt wird.

Somit scheint uns neben dem Rechtsgrund auch die treibende Kraft, die gesetzgeberische Tendenz vorgezeichnet, die der Gesetzgeber bei der Regelung der strafrechtlichen Stellung des Arztes bei operativen Eingriffen in Erwägung zu ziehen hat:

Salus publica suprema lex!

II. Fälle aus der Praxis.

Vorbemerkung.

Die Fälle sind unter dem folgenden Gesichtspunkt ausgewählt:

Einmal, um auf Inkonsequenzen der Rechtsprechung des Reichsgerichts hinzuweisen, und andererseits, um zu zeigen, daß die Einwilligungstheorie den Anforderungen der Praxis nicht genügt.

1. Der Hamburger Fall.[1])

Am 13. 6. 1893 wurde in eine Hamburger Poliklinik ein siebenjähriges Mädchen eingeliefert, das an

[1]) Urteil der Strafkammer 3 des LG. Hamburg v. 2. 2. 1894 gegen Dr. med. W. wegen Körperverletzung. — Dieser Fall gab den Anlaß zu der berühmten Entscheidung des Reichsgerichts v. 31. 5. 1894 (RGSt. Bd. 25 S. 375).

Vereiterung des Fußwurzelknochens auf tuberkulöser Grundlage litt. Am 13. 6. 1893 erfolgte eine Resektion des erkrankten Knochens, doch machte sich die Amputation des Fußes notwendig, die auch am 28. 7. vorgenommen wurde. Die letztere Operation wurde wider Willen des Vaters ausgeführt, der noch am Tage der Operation die Zustimmung ausdrücklich verweigerte und persönlich erschien, um sein Kind aus der Behandlung des Arztes zurückzuholen.

Die Operation des Fußes war nach den Grundsätzen der medizinischen Wissenschaft zweckmäßig und sogar notwendig. Alle medizinischen Sachverständigen haben dies in der Hauptverhandlung bekundet. Nach der Amputation besserte sich der Zustand des Kindes; die Krankheit war beseitigt.

2. Dresdner Fall.[1])

Als Dr. Ihle zur Vornahme einer kleinen Operation an einer ledigen Frauensperson schritt, bemerkte er bei genauer Untersuchung in der Narkose, daß die Patientin noch an einer anderen Krankheit leide, welche auch die Vornahme einer Operation erfordere, denn sonst hätte, wie Dr. Ihle vor Gericht darlegte, dieser Krankheitszustand erfahrungsgemäß in kurzer Zeit zum völligen

[1]) vgl. die im SächsArch. 1899 Bd. 7 S. 728 abgedruckte Entscheidung; ferner Heimberger, Strafrecht S. 2 und DJZ. 1899 Nr. 9 S. 199.

Siechtum und zum Tode geführt. Er entschloß sich unter Benutzung des Entschlusses der Patientin, sich operieren zu lassen, zur Vornahme der zweiten schwierigen und lebensgefährlichen Operation, und er führte sie mit gutem Erfolg aus.

Einige Tage nach der Operation wurde der Patientin mitgeteilt, was mit ihr vorgenommen war. Sie äußerte daraufhin zu wiederholten Malen ihre Anerkennung und ihren Dank darüber, daß Dr. Ihle sie von ihrem schweren Leiden befreit und ihr Angst und Sorge erspart habe.

Später aber verweigerte sie die Zahlung des Honorars für die Operation, da dieselbe ohne ihre Einwilligung vorgenommen sei, und erhob ihrerseits Ansprüche auf Schmerzensgeld und Verstümmelungsentschädigung.

Dr. Ihle verklagte die Patientin, und das OLG. Dresden als Berufungsinstanz (Urteil v. 7. 10. 1897) wies seinen Anspruch ab, indem es erklärte, daß die Handlungsweise bei der Vornahme der Operation ohne Zustimmung der Patientin sich als eine absichtliche und widerrechtliche Körperverletzung darstelle.

Nach Fällung seiner Entscheidung übergab das Oberlandesgericht die Akten der Staatsanwaltschaft, damit sie gegen den Arzt Anklage wegen Körperverletzung erhebe.

3. Fall (aus der englischen Praxis).[1])

Dr. Cullingsworth hatte bei einer an Eierstockgeschwulst leidenden Frau mit ihrer Erlaubnis einen Eier-

[1]) Rudeck a. a. O. S. 74.

stock entfernend auch den zweiten, weil ebenfalls angesteckt, trotz vorheriger ausdrücklicher Verwahrung entfernt. Nach längerem Rechts- und Gutachtenstreit wurde der Arzt doch freigesprochen.

In den eingeholten Gutachten sprachen sich hervorragende Ärzte zugunsten der Klägerin aus, andere für den Operateur; doch zogen die ersteren später ihr Gutachten zurück, weil dasselbe auf mangelhafter Information beruhte.

Nach der Judikatur des deutschen Reichsgerichts hätte der Arzt verurteilt werden können.

4. Fall.[1])

In dem Städtchen N. wurde ein allgemein geachteter Geburtshelfer zu einer Gebärenden gerufen. Er fand die Mutter durch die seit 24 Stunden andauernden Wehen schon sehr ermüdet und überzeugte sich, daß wegen des zu engen Beckens eine regelmäßige Geburt nicht erzielt werden könne. Der Kaiserschnitt war nicht indiziert, und als selbst eine Verwandte der Gebärenden die Anwendung des Kaiserschnittes verlangte, erklärte die Mutter, daß sie sich dieser Operation nicht unterwerfen würde. Da die Gebärende immer mehr entkräftet wurde, alle anderen Mittel nicht anzuwenden waren, so schlug in dieser Lage der Geburtshelfer den Verwandten die An-

[1]) N. Arch. f. KrimR. Jahrg. I (1817) S. 513; Osenbrüggen a. a. O. S. 29.

wendung des Mittels der Perforation vor, und da sie einwilligten, so perforierte er im Mutterleibe das lebende Kind, tötete dadurch dasselbe, bewirkte den stückweisen Abgang der Leibesfrucht und rettete die Mutter.

Der Kriminalrichter, zu dessen Kenntnis diese Handlung kam, erkannte darin eine strafbare Tötung von seiten des Arztes und leitete eine Untersuchung ein, welche mehrere Monate dauerte, den Kredit und die Ehre des Arztes empfindlich kränkte und erst auf eine Anzeige bei der Landesregierung durch einen Befehl niedergeschlagen wurde.

5. Fall.[1])

In der Naturheilanstalt des Angeklagten wurde auf dessen Anordnung die Bestrahlung des gefühllosen Oberschenkels eines Kranken unter Aufsicht eines Bademeisters derart ausgeführt, daß der Kranke den Apparat auf Geheiß des Bademeisters in die Hand nahm und 10 Minuten lang vor seinem Oberschenkel hin- und herbewegte. Hierbei trat eine Verbrennung der Haut ein. Der Leiter der Anstalt wurde wegen fahrlässiger Körperverletzung bestraft: Er habe bei der Durchführung der von ihm verfügten Bestrahlung die erforderliche und ihm mögliche Vorsicht und Voraussicht verabsäumt. Bei seiner Kenntnis von dem Zustand des Patienten habe er ent-

[1]) Entsch. des OLG. Dresden in Ärztl. SachverstZtg. 1913 S. 284; Münchn. Med. Wochenschr. 1914 S. 81; JW. 1913 S. 944, 24.

weder die Bestrahlung des Patienten selbst vornehmen oder den Bademeister unterrichten und anweisen müssen, den Apparat dem Patienten nicht in die Hand zu geben, und den Erfolg der Bestrahlung fortgesetzt zu beobachten. Da ihm bekannt gewesen sei, daß der Bademeister dem Kranken selbst den Apparat zur eigenen Bestrahlung anzuvertrauen pflegte, habe er mit der Möglichkeit unsachgemäßer Behandlung des Patienten rechnen müssen. Die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung entfalle auch nicht durch die Einwilligung des Patienten. Denn wenn man davon ausgehe, daß ein nach den Regeln der ärztlichen Kunst vollzogener Eingriff überhaupt keine Körperverletzung oder jedenfalls kraft der Einwilligung des Patienten nicht rechtswidrig sei, so mangle es hier nach beiden Richtungen an der erforderlichen Grundlage erlaubten Tuns. Denn die Art der Behandlung war nicht sachgemäß, und das Einverständnis des Patienten beschränkte sich auf sachgemäßes Verfahren.

6. Fall.[1])

Der Leiter einer orthopädischen Klinik hatte an einem Knaben wegen angeborenen Hochstandes des rechten Schulterblattes eine Operation vorgenommen und wurde hierauf auf Schadensersatz verklagt, indem der Kläger, d. h. der operierte Knabe behauptete, der Arzt habe die

[1]) KorrBl. f. Schweizer Ärzte 1908 Nr. 20 S. 678, 1910 Nr. 18 S. 599.

Operation vorgenommen, ohne die Eltern zu benachrichtigen; übrigens sei die Operation fehlgeschlagen, und der Kläger sei dadurch in seiner Gesundheit geschädigt. Die Gerichte 1. und 2. Instanz trafen voneinander stark abweichende Entscheide; das Reichsgericht entschied dann wie folgt:

Ein Arzt, der ohne die erklärte oder mutmaßliche Einwilligung des Leidenden oder seines gesetzlichen Vertreters einen operativen Eingriff vornimmt, macht sich einer widerrechtlichen Körperverletzung schuldig. Ein besonderes, in der Literatur viel erörtertes „Berufsrecht", vermöge dessen ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit eines anderen erlaubt wäre, steht grundsätzlich auch dem Arzte nicht zu. Der Beklagte wendet ein, daß bei Verbringung des Kranken in eine klinische Anstalt, wo bekanntermaßen vielfach Operationen vorgenommen würden, mit der eventuellen Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Vornahme operativer Eingriffe regelmäßig gerechnet werden könne. Diese Einwendung ist ohne Erfolg; denn wenn Patienten zur Pflege und Kur in eine orthopädische Anstalt gebracht werden, so ist weder die Vornahme operativer Eingriffe selbstverständliche Voraussetzung für die ärztliche Behandlung, noch ist ohne weiteres das Einverständnis des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters als vorhanden vorauszusetzen.

Der Beklagte hat nun ferner eingewendet, es sei richtig, daß er sich nicht persönlich mit dem Vater des

Knaben ins Einvernehmen gesetzt habe; dem Leiter einer größeren Klinik sei es überhaupt unmöglich, stets von den Angehörigen persönlich die Zustimmung zur Operation einzuholen; er könne das seinem Personal überlassen. Insbesondere könne die Krankenschwester als bevollmächtigt gelten, den Angehörigen zu eröffnen, es sei eine Operation nötig, und die Zustimmung zu einer solchen entgegennehmen. Dies müsse im vorliegenden Fall angenommen werden. Die Tante des Knaben habe im Auftrag der Eltern das Kind in die Klinik gebracht und dasselbe vor der Operation mehrfach besucht, während die Eltern sich nie hätten sehen lassen. Darnach müsse angenommen werden, die Tante sei an Stelle des Vaters bevollmächtigt gewesen, die Zustimmung zur Operation zu erteilen, mindestens aber den Verkehr zwischen Vater und Arzt zu vermitteln. Es hätte daher mit rechtlicher Wirkung im Auftrag des Arztes durch die Krankenschwester zu Handen des Vaters die Erklärung an die Tante abgegeben werden können, es müsse operiert werden, und es habe angenommen werden können, die Tante werde diese Erklärung sofort dem Vater übermitteln, und da der Vater nichts von sich hören ließ, habe auch angenommen werden können, er sei einverstanden.

Auch diese Einwendung läßt das Reichsgericht mit folgender Begründung nicht gelten: Es mag richtig sein, daß der Leiter einer Klinik nicht in jedem Fall in der Lage ist, die Einwilligung zu einer Operation persönlich einzuholen; kann er dies nicht, so muß er aber An-

ordnungen treffen, die Gewähr bieten, daß eine Einwilligung tatsächlich eingeholt wird und vorhanden ist; aus dem Schweigen kann nicht unter allen Umständen auf eine Zustimmung geschlossen werden. Wenn die Krankenschwester berufen und geeignet sein soll, den rechtskräftigen Verkehr zwischen Arzt und Angehörigen zu vermitteln, so bedarf es hierzu einer allgemeinen Instruktion oder eines besonderen Auftrags; ihre Stellung als Krankenschwester macht sie nicht ohne weiteres zur Vermittlung geeignet.

7. Fall.[1])

Die gegen die Ärzte R. und Z. erhobene Entschädigungsklage war u. a. darauf gestützt, daß sie die Amputation eines kranken Fußes des Klägers ohne Recht und wider den ärztlichen Brauch ohne seine oder seiner Ehefrau vorherige Einwilligung vorgenommen hätten. Hierüber heißt es in dem Erkenntnis der zweiten Instanz:

In der betreffenden Amputation kann eine widerrechtliche, außerhalb des Bereichs ärztlicher Befugnis gelegene Verletzung der körperlichen Integrität der Ehefrau des Klägers, welche schon als solche die Beklagten entschädigungspflichtig machte, nicht gefunden werden. Zuzugeben ist, daß der Arzt schon nach dem bestehenden Recht regelmäßig nicht für befugt zu halten ist, eine

[1]) Urteil des OLG. Braunschweig v. 13. 2. 1893; Rudeck a. a. O. S. 69.

Operation von voraussichtlich ernsten Folgen vorzunehmen, ohne die Einwilligung des Patienten erhalten zu haben, und es wird denn auch in dem Bescheide der Ärztekammer v. 1. 5. 1891 auf die Beschwerde des Klägers als ein von den Ärzten allgemein anerkannter Grundsatz hingestellt, eine eingreifende Operation nicht vorzunehmen, ohne daß, falls er zurechnungsfähig und über sein Geschick selbst zu entscheiden fähig ist, der Patient sowie dessen nächste Angehörigen in die Vornahme eingewilligt haben. Ohne Zweifel aber kommen Fälle vor, wie der Bescheid hinzusetzt, wo die Befugnis des Arztes zu einem solchen Eingriff, ohne daß die gedachte Voraussetzung vorliegt, anzuerkennen und der Eingriff durch das Recht, ja selbst durch die Pflicht des Arztes gedeckt ist. Ein solcher Fall liegt ohne Zweifel dann vor, wenn der Arzt eine bestimmte Operation als zur Verhütung schlimmerer Folgen für den Patienten sofort notwendig erkennt, aber nicht in der Lage ist, sich der Einwilligung desselben zu versichern; er darf annehmen, daß der Patient, könne er befragt werden, solche erteilen würde und ihm für solche außergewöhnlichen Fälle die Entscheidung überlassen habe.

8. Fall.

Die Vornahme der Operation ohne Zustimmung des Patienten begründet nicht unter allen Umständen ein Verschulden des Arztes (Urteil des III. Zivilsenats des Reichsgerichts v. 9. 7. 1907).

Es ist zwar richtig, daß die Berechtigung des Arztes zu einer Operation von einer zustimmenden Willenserklärung des Kranken und, wenn dieser gemäß § 106 BGB. ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Minderjähriger ist, von der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters desselben nach § 107 BGB. abhängt. Es kann auch nicht angenommen werden, daß infolge der Ermächtigung der Klägerin durch ihren gesetzlichen Vertreter in Dienst zu treten (§ 113 BGB.), diese Ermächtigung sich auch auf die Vornahme der vorliegenden Operation im Hospital erstrecke, selbst wenn man erwägt, daß diese Aufnahme infolge der für Dienstboten bestehenden Krankenversicherung erfolgt ist und letztere auch auf die Vornahme der in Rede stehenden Operation sich erstrecke; dies um so weniger, als die fragliche Schieloperation im Interesse des Lebens oder der Gesundheit an sich unumgänglich nicht geboten, wenn auch zur Beseitigung des Schielens erforderlich war, und der gesetzliche Vertreter der Klägerin in der Umgegend wohnte, die Genehmigung des Vertreters also ohne irgendwelche Nachteile, da die Operation nicht im mindesten eilte, eingeholt werden konnte.

Wenn das Berufungsgericht aber dann von einer ausdrücklichen Einwilligung spricht, welche nur nicht bei jeder Operation erforderlich sei, so muß demgegenüber darauf hingewiesen werden, daß grundsätzlich die stillschweigende der ausdrücklichen Einwilligung gleichsteht. Es kann sich vielmehr nur fragen, ob der Arzt, der beim

Mangel einer ausdrücklichen Einwilligung eine stillschweigende Einwilligung irrig annimmt oder nicht für erforderlich erachtet, im Falle der Vornahme der Operation fahrlässig im Sinne des § 276 BGB. handelt, d. h. die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt. In dieser Beziehung ist nicht entscheidend, wie das Berufungsgericht meint, daß durch die Operation das Auge der Klägerin in seinem Bestand geändert werden sollte, denn diese Veränderung bestand ja darin, daß das Auge wie ein ursprünglich normales funktionieren, der Klägerin also einen Vorteil gewähren sollte. Ebensowenig ist maßgebend, daß von vornherein die Möglichkeit bestand, die Operation werde den eingetretenen schlimmen Erfolg haben. Diese Möglichkeit wird bei jeder Operation durch irgendwelchen Zufall niemals völlig ausgeschlossen sein. Es kommt vielmehr darauf an, wie zu dieser rein abstrakten Möglichkeit sich die Wirklichkeit verhält, und in dieser Beziehung hat der gerichtliche Sachverständige hervorgehoben, es sei ein sehr seltenes Vorkommnis, daß ein schieloperiertes Auge durch Eiterung verloren gehe; er habe einen solchen Ausgang in 25 jähriger Praxis noch nicht erlebt; auch ein durch frühere Entzündung krankhaft geändertes Auge neige nicht mehr zu Infektionen nach der Schieloperation als ein gesundes. Auch wenn der Beklagte die Klägerin für minderjährig hielt, konnte er bei deren Alter ohne Fahrlässigkeit die Erteilung der Einwilligung als erfolgt ansehen, zumal angesichts des regelmäßigen Verlaufs einer solchen Operation, oder er

konnte auch solche angesichts der bestehenden Dienstboten-versicherung, die sich auf die fragliche Operation erstreckte, besonders in Verb. mit § 113 BGB., über dessen rechtliche Bedeutung ein Laie nicht ohne weiteres eine richtige Meinung zu haben braucht, die Einwilligung als unnötig erachten; ein solcher Rechtsirrtum wäre noch keineswegs unentschuldbar. Es kann aus diesen Gründen von einer Fahrlässigkeit keine Rede sein.

9. Fall.[1])

Wie weit darf der Arzt die Operation ausdehnen?

Frau O. litt in den Wechseljahren an starken Blutungen und war von Dr. K. dahin beraten, es habe sich an der Gebärmutter eine Wucherung gebildet, und eine möglichst baldige Operation von der Scheide aus sei ratsam. Dr. K. will ihr gesagt haben, bezüglich der Art der Operation müsse sie ihm im einzelnen freie Hand lassen. Dr. K. beseitigte wie er es nach dem Untersuchungsergebnis von vornherein für erforderlich gehalten hatte, die ganze Gebärmutter. Hierzu war ihm nach seiner Ansicht ein zwar nicht ausdrücklich, aber stillschweigend erklärtes Einverständnis der Kranken gegeben. Frau O. starb 5 Tage nach der Operation. Der Ehemann O. weigerte sich, das Honorar (350,— Mk.) zu zahlen und verlangte widerklagend 3000 Mk. Schadensersatz und

---

[1]) Münchn. Med. Wochenschr. 1913 S. 2287; Rechtsprechung und Med. Gesetzgebung 1913 S. 141.

1200 Mk. Jahresrente für die Entziehung der Dienste seiner Frau. Die Klage war darauf gestützt, die Operation sei auftraglos und fehlerhaft ausgeführt. Das LG. Hamburg verurteilte O. zur Zahlung, und das Hanseatische Oberlandesgericht hat seine Berufung zurückgewiesen (Urteil v. 27. 3. 1913).

Zwar könne nicht zweifelhaft sein, daß eine ohne auch nur die mutmaßliche Einwilligung der Kranken oder ihres Ehemannes vorgenommene Operation einen schuldhaft rechtswidrigen Eingriff in das gemäß § 823 BGB. geschützte Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit darstellen würde, der je nach Lage des Falles vorsätzlich oder auch nur fahrlässig begangen sein könnte. Anderseits sei als richtig anzuerkennen, daß der Arzt die Kranken nicht etwa auf alle nachteiligen Folgen aufmerksam zu machen habe, die durch die Operation möglicherweise entstehen könnten, und daß er auch über die Gefährlichkeit des die Operation erforderlich machenden Leidens dem Patienten nicht gerade ganz ins einzelne gehende Aufklärungen zu geben brauche. Er müsse sich nur im allgemeinen zuvor des Einverständnisses vergewissern und den Patienten nicht über wesentliche Umstände im Unklaren sein lassen. Der Arzt wird im allgemeinen nicht voraussetzen dürfen, wenn er, wie hier, die Operation als nur auf Wucherungen an einem inneren Organ sich erstreckend bezeichnet hat, während es sich in der Wahrheit nach seiner Ansicht um die Fortnahme des ganzen Organs handeln sollte, daß der Patient auch hiermit einverstanden

sei. Dr. K. führe hier aber unwiderlegbar an, und auch die sofortige Bereitwilligkeit der Kranken zur Operation spreche in gewissem Umfange dafür, er habe die Kranke darauf aufmerksam gemacht, daß er die Operation möglichst bald vornehmen müsse, d. h. daß Gefahr im Verzuge sei, und daß sie alles einzelne ihm überlassen müsse.

Ließ sich hiernach auch noch nicht feststellen, daß die Kranke sich wirklich stillschweigend mit der Vornahme der an ihr vollzogenen schweren Operation der völligen Entfernung der Gebärmutter einverstanden erklärt habe, so durfte K. doch mit gutem Grund die Einwilligung als erteilt voraussetzen. Mindestens ist es ihm nicht zu widerlegen, wenn er sich noch darauf beruft, daß Frau O. ihr Einverständnis erteilt haben würde, wenn ihr die Wahrheit über ihr Krebsleiden von ihm gesagt worden wäre, und sie die Wahl gehabt hätte, durch die vorgenommene Operation möglicherweise Heilung zu finden oder an diesem Leiden zugrunde zu gehen. Daraus folgte, daß die Klage begründet, die Widerklage aber unbegründet ist, da Dr. K. zwar keinen ausdrücklichen Auftrag zu der von ihm vorgenommenen Operation hatte, ihm aber anderseits ein nachweisbares Verschulden nicht zur Last fällt.

10. Fall.[1])

Muß der Arzt den Kranken auf die möglichen Gefahren der Operation aufmerksam machen?

[1]) Urteil des Reichsgerichts v. 1. 3. 1912 in der preußischen Sache

Der Beklagte litt infolge von Knochenwucherungen (Exostosen) im rechten Gehörgang an Störungen der Hörfähigkeit dieses Ohres. Er begab sich, nachdem ihm von einem anderen Arzte geraten worden war, die Wucherungen wegmeißeln zu lassen, in die Behandlung des Klägers. Dieser entfernte zunächst die an der hinteren Gehörwand befindliche Wucherung; dabei fiel ein abgemeißelter Knochensplitter vor das Trommelfell, dessen Entfernung auch nach der zweiten Operation, bei der die Wucherung an der vorderen Gehörwand entfernt wurde, nicht gelang. Der Kläger empfahl nunmehr dem Beklagten, wegen der Gefahr, die das Belassen des Knochensplitters in dem inneren Gehörgang bringen könne, sich einer größeren in der Narkose zu vollziehenden Operation zwecks Entfernung dieses Knochensplitters zu unterwerfen, und nahm diese Operation mit Einwilligung des Beklagten vor. Infolge dieser letzten Operation stellte sich bei dem Beklagten eine Lähmung des Gesichts- und des Gehörsnerven der rechten Kopfseite ein, von denen die erstere allmählich zurückging, während die letztere die dauernde Taubheit des Beklagten auf dem rechten Ohr zur Folge hatte. Diese Lähmungserscheinungen waren, wie das Berufungsgericht für erwiesen erachtete, durch eine ihrer Art nach nicht näher zu bestimmende innere Verletzung des Ohrs bei der letzten Operation verursacht worden.

Sch. (Kl. u. Widerbekl.) w. B. (Bekl. u. Widerkl.): RGZ. Bd. 78 S. 432; SeuffArch. 1912 Bd. 67 S. 395.

Der Kläger forderte die Vergütung für seine ärztlichen Dienstleistungen. Der Beklagte bestritt die Berechtigung dieser Forderung wegen des ungünstigen Endergebnisses und forderte mit Widerklage den Ersatz des ihm entstandenen Schadens.

Das Landgericht verurteilte nach dem Klagantrage und wies die Widerklage ab. Das Berufungsgericht wies die Klage ab und erklärte die Widerklage dem Grunde nach für gerechtfertigt. Das Reichsgericht stellte die Entscheidung des Landgerichts wieder her.

Insbesondere bemerkt das Reichsgericht zu der Annahme des Berufungsgerichts, daß es ein Verschulden des Klägers darin erblickt, daß er den Beklagten nicht vorher auf die Gefahren, die mit der Vornahme der Operationen möglicherweise verbunden sein konnten, insbesondere auf die Gefahr, das Gehör auf dem rechten Ohre zu verlieren, aufmerksam gemacht hat: Eine Verpflichtung des Arztes, den Kranken auf alle nachteiligen Folgen aufmerksam zu machen, die ihm möglicherweise bei einer angeratenen Operation entstehen könnten, kann nicht anerkannt werden. Die Annahme einer derartigen Verpflichtung läßt sich weder aus der Übung der pflichtgetreuen und sorgfältigen Vertreter des ärztlichen Berufs noch aus inneren Gründen herleiten. Eine umfassende Belehrung des Kranken über alle möglichen nachteiligen Folgen der Operation würde nicht selten sogar falsch sein, sei es, daß der Kranke dadurch abgeschreckt wird, sich der Operation zu unterwerfen, obwohl diese trotz der

damit verbundenen Gefahren geboten oder doch zweckmäßig ist, sei es, daß der Kranke durch die Vorstellung der mit der Operation verbundenen Gefahren in Angst und Erregung versetzt und so der günstige Verlauf der Operation und der Heilung gefährdet wird.

11. Fall.[1])

Auch das russische Kassationsgericht vertritt den Standpunkt, daß zur Vornahme einer Operation die Einwilligung des Patienten oder dessen Angehörigen erforderlich ist. So hat es einen Arzt Modlinski wegen fahrlässiger Tötung verurteilt, weil er eine Operation ohne Einwilligung des Patienten vornahm, die den Tod desselben verursachte, obschon sie mit der größten Aufmerksamkeit und Beobachtung aller notwendigen Erfordernisse ausgeführt wurde.

Diese Entscheidung übte einen abschreckenden Einfluß auf den Direktor eines russischen Spitals. In diesem Spital befand sich ein 13jähriger Knabe, der an einer Ohrenkrankheit litt, welche eine unaufschiebbare Operation forderte. Der Direktor des Spitals wendete sich an den Vater des Kindes, um seine Einwilligung zu der Operation zu erlangen. Die Zustimmung des Vaters, welcher in einem Dorfe wohnte, kam drei bis vier Tage später, als der Knabe schon nicht mehr unter

[1]) Arieff a. a. O. S. 40, entnommen der russischen Zeitschrift „Prawo" 1903 Heft Nr. 24 S. 1683.

den Lebenden war, während die rechtzeitige Vornahme der Operation ihm das Leben hätte retten können.

12. Fall.[1])

In einer norddeutschen Klinik hatte der hervorragende chirurgische Direktor einen 10jährigen Knaben in Behandlung genommen, um ihm unter Genehmigung der Mutter die Halsmandeln wegzuschneiden, — wie er ihr mit gutem Grunde gesagt, — ein geringfügiger technischer Eingriff. Als nach erfolgter Narkotisierung der Arzt soeben die Messer einführen will, wird er vom Assistenten aufmerksam gemacht, daß der Herzschlag und die Respiration rapid abnehmen. Kurz entschlossen spaltet der Operateur den Kehlkopf, führt den Schlauch ein, bewirkt die Luftzufuhr und vollzieht den Mandelschnitt. Da alles trefflich heilte, bemerkte die Mutter überhaupt nichts davon, daß sich hier unvermerkt eine lebensgefährliche Operation untergeschoben hatte, und doch handelte es sich zu deren Gelingen um Bruchteile von Minuten.

Ihr Verlauf hätte nicht gestattet, Verhandlungen anzuknüpfen — nicht einmal nach dem Nebenzimmer.

13. Fall.[2])

Bei der Erörterung der Frage, inwieweit der Verletzte verpflichtet sei, die Folgen einer Verletzung durch

---

[1]) Schmidt S. 12.

[2]) vgl. Recht 1913 Nr. 2547; JW. 1913, 975, 2; Urteil des 3. Zivilsenats des Reichsgerichts v. 27. 6. 1913. — Die Entscheidungen des

eine ärztliche Operation beseitigen zu lassen, ob also ein konkurrierendes Verschulden nach § 254 BGB. gegeben ist, wenn der Verletzte es unterläßt, sich operieren zu lassen, hält das Reichsgericht in einem eingehend begründeten Urteil vom 30. 5. 1913 seinen oben dargelegten Standpunkt selbst nicht konsequent aufrecht.

Die Rechtsprechung betonte früher einseitig die Rechtslage des Verletzten, der mit Rücksicht auf sein freies Recht zur Bestimmung über die Unversehrtheit seines Körpers es ablehnen könne, sich den Gefahren einer Operation zu unterziehen, um den Umfang der Schadensersatzpflicht eines anderen zu mindern. Neuerdings hat man aber festgestellt, daß dieses freie Selbstbestimmungsrecht des Verletzten über seinen Körper seine Grenzen finden müsse, wo sich seine Ausübung lediglich als Eigensinn oder als rücksichtslose, selbstsüchtige Ausbeutung der Haftung des Schadensersatzpflichtigen darstelle. Es müsse die Lage des Einzelfalles mit Rücksicht auf die Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehr entscheidend sein. Dabei ergeben sich aber folgende Forderungen, die an die Begründung des Einwandes zu stellen seien, der Verletzte habe es unterlassen, durch eine Operation seine Erwerbsfähigkeit ganz oder teilweise wiederherstellen zu lassen:

Reichsgerichts vom 30. 5. 1894, 20. 11. 1911, 30. 5. 1913 kennzeichnen die Wendung, welche die juristische Anschauung des RG. über die Frage durchgemacht hat, ob es eine Operationspflicht des Verletzten gibt.

1. Die Operation müsse nach sachverständigem Gutachten gefahrlos sein, soweit überhaupt nach dem jeweiligen Stande der ärztlichen Wissenschaft von einer Gefahrlosigkeit gesprochen werden könne, d. h. soweit nicht unvorhersehbare Umstände eine Gefahr bedingen. Damit scheiden alle nur in Chloroformnarkose[1]) vornehmbaren Operationen aus, weil bei ihnen die Möglichkeit eines tödlichen Ausganges trotz sorgfältigster vorheriger körperlicher Untersuchung des Kranken im voraus nicht auszuschließen ist.

2. Die Operation dürfte ferner nicht mit nennenswerten Schmerzen verknüpft sein, weil dem Verletzten, der überhaupt nur durch eine von dem Schadensersatzpflichtigen zu vertretende Tatsache in die Lage gebracht worden ist, sich besonderen Maßnahmen zur Wiederherstellung seiner Erwerbsfähigkeit zu unterwerfen, nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann, zu diesem Behufe auch noch beträchtliche Schmerzen auf sich zu nehmen.

3. Die Operation müsse eine beträchtliche Besserung der Leistungsfähigkeit des Verletzten nach sachverständigem Gutachten mit Sicherheit erwarten lassen.

4. Der Schadensersatzpflichtige müsse sich dem Verletzten verpflichtet haben, entweder die Operation auf

[1]) Eine Chloroform-Äther-Narkose erfüllt die unter 1. genannte Bedingung nicht. Bei dem heutigen Stand der Wissenschaft sind wir jedoch in der Lage, alle Operationen — abgesehen von den abdominalen — in Lokalanästhesie auszuführen (Münchn. Med. Wochenschr. 1914 S. 1477).

seine Kosten an geeigneter Stelle und durch sachkundige Personen vornehmen zu lassen oder die Kosten für die vom Verletzten zu erwirkende Operation vorzuschießen.

14. Fall.[1])

Ein Droschkenkutscher und ein Arbeiter waren miteinander in Streit geraten; der Arbeiter hatte den Droschkenkutscher gereizt, und letzterer hatte ihn daraufhin gestoßen; der Arbeiter hat nunmehr einen Angriff mit einem Schraubenschlüssel auf den Droschkenkutscher gemacht, welcher flüchtete, sich aber schließlich mit einer Peitsche gegen den auf ihn eindringenden Arbeiter verteidigte; sie kamen nun beide ins Ringen. Der Droschkenkutscher biß hierbei dem auf ihm liegenden Arbeiter in den linken Daumen. Es entwickelte sich eine Phlegmone. Der behandelnde Arzt erklärte, daß er die Verantwortung für die weitere Behandlung ablehnen müsse, wenn nicht ein Daumenglied exartikuliert würde. Der Gebissene verweigerte die Genehmigung zur Operation, wohl im Bewußtsein dessen, daß der Droschkenkutscher ihm schadensersatzpflichtig sei und für den Schaden aufzukommen habe. Die Phlegmone wurde schlimmer und schlimmer, es stellte sich eine Blutvergiftung ein, und schließlich mußte der linke Unterarm amputiert werden. Der Haftpflichtanspruch des Arbeiters gegen den Droschkenkutscher wurde

[1]) Urteil des RG. 6. Zivilsenat in Sachen Mr. ca. Kr. v. 20. 11. 1911: Dtsch. Med. Wochenschr. Nr. 31 S. 1576.

abgewiesen, teils weil der Arbeiter den Kläger zur Verletzung gereizt habe, teils weil der Verletzte den geringfügigen Eingriff der Exartikulation eines Fingergliedes hätte an sich vornehmen lassen müssen. „Die Abnahme eines Fingergliedes ist keine schwierige oder gefährliche Operation. Die Fähigkeit des Klägers zur Ausübung seines bisherigen Berufs wäre durch den Verlust des Fingergliedes nicht beeinträchtigt worden. Unter diesen Umständen durfte der Berufungsrichter dem Kläger seine damalige Weigerung, sich operieren zu lassen, als Verschulden anrechnen. Die rechtzeitige Duldung des operativen Eingriffs hätte aber der Entstehung eines weiteren dauernden Schadens vorgebeugt, da dem Kläger der Unterarm dann erhalten geblieben wäre.

15. Fall.[1])

Zur Vornahme einer ärztlichen Operation an einem noch minderjährigen Patienten, die zum Nutzen des Patienten, zur Heilung eines Körperschadens dient, soll der Arzt nach einem Urteil der Strafkammer I des Landgerichts II Berlin v. 30. 1. 1912 nur der Einwilligung

---

[1]) Münch. Med. Wochenschr. 1913 S. 302; Ärztl. SachverstZtg Bd. 18 S. 246; vgl. auch den bei Wilhelm a. a. O. S. 28 wiedergegebenen Tatbestand und das mit diesem Fall in Verbindung stehende Urteil des 3. Zivilsenats des Reichsgerichts v. 30. 6. 1911, dazu Dr. Ehrenreich im Berliner Tagebl. 1912 Nr. 105 und Dr. Losch und Prof. Lennhoff daselbst Nr. 111.

des Patienten selbst bedürfen, sofern dieser nach Verstandesreife und körperlicher Entwicklung als selbständig und verfügungsfähig anzusehen sei.

Die Strafkammer hat hier im Gegensatz zum Reichsgericht angenommen, daß eine ärztliche Operation mit Einwilligung des verständigen und bürgerlich erwachsenen (wenn auch noch minderjährigen) Patienten vorgenommen, die zum Besten des Patienten, zur Heilung eines Körperschadens dient, keine körperliche Mißhandlung, sondern eine rationelle gebotene Behandlung darstelle, die geschieht, nicht um dem anderen wehe zu tun, sondern um ihn von seinem Leiden zu befreien. Zu einem solchen Eingriff hat die Strafkammer unter den genannten Voraussetzungen nur die Einwilligung des Patienten selbst für erforderlich gehalten, da auch zahllose andere Erklärungen (und nur um eine solche, nicht um ein Rechtsgeschäft handele es sich bei der Einwilligung zu einer ärztlichen Operation) von Minderjährigen, die schon erwachsen und selbständig seien, anstandslos im bürgerlichen Verkehr abgegeben würden.

16. Fall.[1])

Über die Vornahme von Operationen an Minderjährigen ohne die erforderliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters handelt ein Urteil des Kammergerichts v. 15. 3. 1913.

[1]) Münchn. Med. Wochenschr. 1913 S. 2287; Berliner Ärztekorr. 1913 S. 101.

Daß die Vornahme der Operation an Minderjährigen ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters eine objektiv rechtswidrige Handlung ist, hat das Kammergericht mit dem Reichsgericht (RGSt. Bd. 25 S. 375) angenommen; es hat aber abweichend vom Vorderrichter nicht angenommen, daß die Nichteinholung der Genehmigung des Vormundes auf einer Fahrlässigkeit des behandelnden Arztes beruhe. Dieser hat die Behauptung des Klägers, daß er die Minderjährigkeit des Kranken bei Vornahme der Operation gekannt habe, ausdrücklich bestritten und hat darauf hingewiesen, daß der Kranke bei Vornahme der Operation im 21. Lebensjahre stand und den Eindruck eines ausgewachsenen Mannes gemacht habe. Für den beklagten Arzt lag daher kein äußerer Anlaß vor, sich nach dem Alter des Klägers zu erkundigen und Ermittelungen darüber anzustellen, ob er in der Geschäftsfähigkeit noch beschränkt sei. Allerdings war unstreitig das Alter des Klägers bei der Aufnahme in die Klinik in die Personalien eingetragen; indessen kann es nicht als Fahrlässigkeit des Beklagten aufgefaßt werden, wenn er vor der Operation des Klägers von dieser Eintragung keine Kenntnis nahm. Sache des Klägers wäre es wohl gewesen, den Beklagten auf seine noch vorhandene Minderjährigkeit hinzuweisen; da er dies unterlassen hat, kann er den Beklagten aus dieser Unterlassung nicht verantwortlich machen, zumal der Beklagte als Chefarzt einer größeren Klinik sich nicht um alle Einzelheiten des Betriebes kümmern kann. Im übrigen würde der Vormund

geradezu pflichtwidrig gehandelt haben, wenn er unter den obwaltenden Umständen die Einwilligung der Operation versagt haben würde. Es könnte daher dem Vormund kein Glauben beigemessen werden, wenn er jetzt, nachdem wider Erwarten der schädliche Erfolg der Operation eingetreten ist, die Behauptung, er würde die Einwilligung versagt haben, bestätigen würde.

17. Fall.[1])

Ein 11 jähriger Knabe wurde nachmittags ins Spital gebracht, nachdem er 2 Tage vorher durch Fall von einem Heuboden einen Bruch des Radius (Speichenknochens) erlitten hatte. Der Knochen hatte die Weichteile durchbohrt, und sein oberes Ende war etwa 2 cm weit durch die Haut ausgetreten. Der diensthabende Assistent versorgte die Wunde; am nächsten Morgen wurde hohes Fieber konstatiert, und beim Verbandwechsel bemerkte ich das Austreten von Gasblasen aus der Wunde, das Zeichen für eine äußerst gefährliche, bei Verunreinigung der Wunde durch Erde usw. manchmal vorkommende Infektion (malignes Oedem, welches auch durch bakteriologische Untersuchung nachgewiesen wurde).

Dieser Infektion kann in seltenen Fällen durch ausgiebige Eröffnung Einhalt geboten werden, weitaus häu-

---

[1]) Büdinger a. a. O. S. 51; vgl. auch Wilhelm a. a. O. S. 24/25. Einen ähnlichen Fall bringt Thiersch im Ärztl. Vereinsblatt 1894.

figer macht sie eine Amputation als einziges Mittel zur Lebensrettung notwendig, wenn es sich nämlich einige Stunden nach der Eröffnung zeigt, daß der Prozeß durch die gemachten Einschnitte nicht aufgehalten werden konnte.

Der Vater des kranken Knaben war schon in die Heimat (Gänserndorf, Niederösterreich) zurückgekehrt, konnte also nicht über den Sachverhalt instruiert und befragt werden.

Wir haben nun sofort als mittelbare Notoperation große Einschnitte in der Narkose vorgenommen, gleichzeitig suchte ich aber auch die Ermächtigung für eine am Nachmittag desselben Tages event. notwendig werdende Amputation des Armes zu erhalten und ersuchte daher die Direktion des Allgemeinen Krankenhauses um Intervention. Es wurde nun an den Vater telegraphiert, er möge seine Einwilligung telegraphisch kundgeben, gleichzeitig mußten aber Instruktionen für den Fall eingeholt werden, daß die Antwort nicht rechtzeitig einlange oder verneinend ausfalle. Die Krankenhausdirektion hat sich der Sache wärmstens angenommen, und es wurden auf kurzem Wege persönliche Erkundigungen bei den gerichtlichen Instanzen (Bezirks-, Landes-, Oberlandesgericht) eingeholt, wobei bemerkt sei, daß nach der erhaltenen Auskunft des Gerichts eine Übertragung der Funktionen der zuständigen Vormundschaftsbehörde auf eine andere keinen Anstand hat. Die Ansichten der verschiedenen richterlichen Funktionäre wichen voneinander ab. Von einer Seite wurde angenommen, die zur Lebensrettung

notwendige Operation bei einem dem Spital zur Pflege übergebenen Kinde sei statthaft, von anderer Seite, die Operation sei ohne Einwilligung nicht auszuführen, wieder von anderer Seite, sie sei zulässig, wenn die Einwilligung nicht eintreffe, aber unbedingt zu unterlassen, wenn der Vater die Erlaubnis verweigere.

Der Fall ist in doppelter Beziehung gut ausgegangen, indem der Vater sofort die Einwilligung gab, glücklicherweise aber ausnahmsweise die Amputation gar nicht notwendig wurde.

18. Fall.[1])

Der folgende Fall zeigt, zu welchen Folgen die Analogie der Stellvertretung in Beziehung auf Zustimmung oder Verweigerung einer Operation mit der Stellvertretung im Privatrecht führen kann, wenn die Stellvertretungsberechtigten ihre Zustimmung versagen.

Eine geisteskranke Frau leidet an Brustkrebs, der Anstaltsarzt rät ihrem Gatten dringend zur Operation, die das Leben der Frau höchstwahrscheinlich um einige Jahre verlängern würde, der Ehemann aber, der in der Krankheit eine willkommene Gelegenheit sieht, sich die Frau, für deren Pflege er jährlich eine größere Summe auslegen muß, vom Halse zu schaffen, lehnt den Vorschlag des Arztes ab. Hier wird der Arzt gewiß dem aus-

[1]) Kaiser a. a. O. S. 838.

drücklichen Verbot des Gatten entgegenhandeln dürfen und seine grobe Pflichtverletzung, um nicht zu sagen, sein Verbrechen verhindern.

Beispiele dieser Art lassen sich beliebig vermehren.[1]) Der Sohn A hat die Unterstützungspflicht für den betagten Vater B, der in einer Nervenheilanstalt untergebracht ist. Er verbietet die Vornahme einer Krebsoperation und bewirkt damit die schnelle Auflösung seines Vaters, um der Anstaltskosten enthoben zu sein.

Die Mutter X, Witwe des Z, gibt die Einwilligung zur Tracheotomie bei dem aus erster Ehe stammenden Kinde Y nicht, um sich dadurch in den Besitz seines Vermögens zu setzen.

Es kann unmöglich Wille des Gesetzgebers sein, solchen Machinationen durch Aufstellung des stellvertretenden Einwilligungsrechtes Vorschub zu leisten.

Schluß.

Der Wunsch nach einer befriedigenden Lösung des Problems durch den Gesetzgeber ist immer wieder laut geworden.

Schon Kühner[2]) schreibt 1887, daß das reichste Wissen, die größte Geschicklichkeit vor Anklage wegen kunstwidrigen Handelns nicht schützt, zumal wenn Böswilligkeit oder unlautere Motive in Mitwirkung treten.

---

[1]) Spinner a. a. O. S. 235.

[2]) Im Ärztl. Zentralanzeiger für D. v. 1. 2. 1887.

Und heute erwartet man von einem neuen Strafgesetzbuch, daß es der Stellungnahme zu dieser Frage nicht aus dem Wege gehen wird.

Lieske[1]) findet sich in völliger Übereinstimmung mit Frank, wenn er sagt: die ablehnende Sprache des Vorentwurfs muß gegenüber den Forderungen von Theorie und Praxis vollkommen unverständlich klingen; die Zeit seit Bestehen des Strafgesetzbuches hat in nicht mißzuverstehender Sprache gelehrt, daß eine Sondernormierung zu einer offenbaren Notwendigkeit geworden ist.

Auch Heimberger[2]) hält eine Sondervorschrift über ärztliche Eingriffe für unbedingt nötig. Er führt aus: die von der Begründung vertretene Auffassung, daß der Eingriff zu Heilzwecken weder objektiv noch subjektiv eine Körperverletzung ist, hat im Vorentwurf selbst keinen Ausdruck gefunden. Kann er aber als Körperverletzung angesehen werden, so genügt die Erweiterung des Notstandsbegriffs im Vorentwurf zur Lösung des Problems nicht, da ein rettender Eingriff in die eigenen Güter des Gefährdeten keine Notstandshandlung darstellt.

Überdies äußert sich die Begründung nicht deutlich über den Grund, der die Rechtswidrigkeit ausschließt. Die Begründung sagt zwar, daß der Arzt, der infolge des ihm gewordenen Heilauftrags innerhalb seiner ärztlichen Kunst

---

[1]) Lieske a. a. O. S. 412; Frank, StGB. f. d. Deutsche Reich schon in der 5./7. Aufl. S. 553 ff.

[2]) MSchrKrimPsych. Bd. 7 S. 65 und Dtsch. Med. Wochenschr. Leipzig Bd. 36 S. 34—35.

einen Eingriff ausführe, schon objektiv nicht rechtswidrig handle. Darnach scheint es, daß die Erteilung des Heilauftrages nach Ansicht der Begründung die Rechtswidrigkeit ausschließt, während bei einem ohne solchen Auftrag gegen den Willen des Kranken vorgenommenen Eingriff eine rechtswidrige Körperverletzung vorliegt. Somit wäre es wie bisher die Einwilligung des Kranken, welche dem Eingriff die Rechtswidrigkeit nähme. Allein dem widerspricht die ausdrückliche Stellungnahme des Vorentwurfs zur Bedeutung der Einwilligung; der Entwurf geht grundsätzlich davon aus, daß die Rechtswidrigkeit einer verletzenden Handlung durch die Einwilligung des Verletzten nicht beseitigt wird.[1])

Der Vorentwurf befriedigt also unsere Frage in keiner Weise. Nach ihm würde alles wie bisher bleiben, da auch § 227 VE. und § 223 StGB. im Wortlaut übereinstimmen.

Auch in Ärztekreisen ist der Wunsch nach einer gesetzlichen Regelung der ärztlichen Eingriffe immer wieder hervorgetreten.

So schreibt Fürnrohr[2]): Als Neurologe am Reservelazarett I in Ingolstadt tätig, hatte ich seit August 1914 Gelegenheit, mehrere hundert Kranke mit Schußverletzungen der peripheren Nerven zu untersuchen und zum Teil auch lange Zeit hindurch zu behandeln. Groß ist die Zahl jener Fälle, die unter konservativer Therapie (Massage, Elektrizität usw.) heilten, aber auch nicht gering ist die Zahl der-

[1]) Begr. S. 659.

[2]) Münchn. Med. Wochenschr. 1915 Nr. 36.

jenigen, bei denen ich eine chirurgische Therapie für angezeigt hielt und die ich zur Ausführung der Neurolyse oder Nervennaht dem Chirurgen übermittelte. Die Erfolge dieser Operationen sind zum Teil ganz ausgezeichnete.

Hat man nun Gelegenheit, so fährt er fort, solches tagtäglich vor Augen zu sehen, so möchte man naturgemäß den Segen dieser Therapie, die kaum jemals schaden, sicher aber in den meisten Fällen unendlichen Nutzen bringen kann, möglichst vielen unserer Verwundeten zuteil werden lassen. Hier aber setzen nicht gar zu selten Hemmungen und Widerstände ein, denen einmal nachzugehen, um sie nach Kräften beseitigen zu können, gewiß verlohnt.

Ich glaube, hier spielen eine ganze Reihe von Momenten eine Rolle. Bei manchen mag es die Scheu vor dem Messer sein, bei nicht wenigen sind es häusliche Einflüsse; der oder jener unverantwortliche Ratgeber hat dem Kranken Angst gemacht, „da könnte der ganze Arm verloren gehen" u. a. m. Sicher spielt auch die Hoffnung auf eine größere Rente hier mit, und manchen mag auch ein festgewurzelter Aberglauben von einem chirurgischen Eingriff fernhalten.

Das sind alles Dinge, die unsere Bestrebungen erschweren, die aber psychologisch begründet und aus der Natur des Menschen wohl verständlich (wenn auch deshalb noch nicht zu billigen) sind.

Zusammenfassend können wir nur sagen: Die strafrechtliche Stellung des Arztes bei operativen Eingriffen

bildet noch heute einen Übelstand in der Gesetzgebung. Die Erkenntnis eines Übelstandes zieht aber die Pflicht nach sich, demselben Abhilfe zu schaffen.

Hoffen wir, daß vom künftigen Strafgesetzbuch den Wünschen der Ärzte ebenso Genüge geschehen möge wie den Interessen des Patienten. Darauf hat der Ärztestand, der auch im Kriege seine Pflicht im höchsten Maße erfüllt hat, ein Anrecht, das wie im Interesse des ärztliche Hilfe nachsuchenden Kranken, schließlich und nicht zuletzt auch im Interesse des Staates liegt.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.